

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · GIUGNO 2015

2015/1

***Direzione scientifica***

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

***Direzione editoriale***

Marco Balboni, Marco Gattuso, Barbara Pezzini

***Redazione***

*Diritto Internazionale:* Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo

*Diritto dell'Unione Europea:* Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

*Diritto Costituzionale:* Anna Lorenzetti, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani

*Identità di genere:* Roberta Dameno

*Diritto Penale:* Luciana Goisis, Luca Morassutto

*Diritto Privato:* Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

*Diritto Comparato:* Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

*Diritto del Lavoro:* Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

***Referees***

Rosalba Alessi; Esther Arroyo Amayuelas; Marzia Barbera; Vittoria Barsotti; Maria Caterina Baruffi; Roberto Bin; Nerina Boschiero; Giuditta Brunelli; Ruggiero Cafari Panico; Carlo Casonato; Massimo Cavino; Paolo Cendon; Nicola Cipriani; Roberta Clerici; Giovanni Comandé; Marco Cuniberti; Marilisa D'Amico; Massimo Dogliotti; Emilio Dolcini; Ascensión Elvira; Carla Facchini; Carla Faralli; Vincenzo Ferrari; Alfredo Galasso; Orsetta Giolo; Berta Esperanza Hernanzes-Truyol; Maurizio Lupoi; Francesco Munari; Silvia Niccolai; Rosanna Pane; Baldassare Pastore; Tamar Pitch; Salvatore Patti; Alessandra Pioggia; Roberto Pucella; Andrea Pugiotto; Roberto Romboli; Giulia Rossolillo; Francesco Salerno; Amedeo Santosuosso; Roberto Toniatti; Alessandra Viviani; Danaya C. Wright; Andreas R. Ziegler

*Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.*

*Codice ISSN 2384-9495*

*Direttore responsabile: Beppe Ramina*

*Impaginazione: Samuele Cavadini*

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7  
genius@articolo29.it

# Sommario

## Focus1: Opportunità e limiti di un intervento penale in materia di omo-transfobia

- 6 **Andrea Pugiotto:** Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia
- 14 **Marco Pelissero:** Omofobia e plausibilità dell'intervento penale
- 28 **Luca Imarisio:** Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reti e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto
- 40 **Luciana Goisis:** Omosessualità, *hate crimes* e diritto penale
- 54 **Mia Caielli:** Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di *hate speech*
- 65 **Luca Morassutto:** Omofobia e medioevo italiano

## Focus 2: Quando scricchiola un paradigma. La Cassazione decide il caso Bernaroli

### Introduzione

- 83 **Barbara Pezzini:** Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio

### Invito al dibattito

- 94 **Paolo Veronesi:** Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015

### Discussione

- 96 **Gian Paolo Dolso:** Un matrimonio a tempo per il "transessuale tardivo": considerazioni sul "seguito" della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale
- 109 **Giampaolo Parodi:** Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il seguito nel giudizio *a quo* della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale
- 120 **Roberto Romboli:** La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore
- 126 **Antonio Ruggeri:** Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale

## Interventi

- 134 **Kees Waaldijk:** Il diritto di relazionarsi: l'importanza della parola "orientamento" nel diritto comparato dell'orientamento sessuale
- 160 **Marcella Distefano:** Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile *puzzle* da ricomporre

- 174 **Anna Lorenzetti:** Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi
- 190 **Roberta Dameno:** La legge n.164/1982: tra il diritto all'identità sessuale e di genere e l'obbligo di sterilizzazione. Alcune riflessioni sulla transGenitorialità
- 202 **Elena Falletti:** La situazione giuridica dei minori affetti da Organizzazione Atipica dell'Identità di Genere (A.G.I.O.)
- 211 **Michele Saporiti:** *J'objecte!* Obiezione di coscienza e matrimonio egualitario: il caso francese

## Commenti

- 221 **Laura Tomasi:** L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 – Corte d'appello di Brescia, 11 dicembre 2014
- 236 **Angioletta Sperti:** La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore
- 243 **Matteo M. Winkler:** Senza identità: il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*
- 258 **Ester di Napoli:** La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero

## Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

- 274 Disegno di Legge n. 1052, *Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*, approvato dalla Camera dei deputati il 19 settembre 2013
- 275 Irlanda, *Thirty-Fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill 2015*, 11 marzo 2015

## Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

- 277 Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza 21 aprile 2015, n. 8097
- 282 Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione I-ter, sentenza del 12 febbraio 2015, n. 3907
- 291 Corte di appello di Torino, sezione famiglia, decreto del 29 ottobre 2014
- 298 Corte di appello di Brescia, sezione lavoro, sentenza del 23 gennaio 2015
- 309 Tribunale per i minorenni di Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014
- 315 Corte europea dei diritti umani, dodicesima sezione, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, decisione del 27 gennaio 2015

---

*Focus*

*Opportunità e limiti  
di un intervento penale  
in materia di omo-transfobia*

Andrea Pugiotto\*

## Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia

### Sommario

1. Le dinamiche dell'odio – 2. I discorsi di odio – 3. Il pulpito ferrarese e la lente del costituzionalista liberale – 4. La clava penale e il rischio di una “vittoria di Pirro” – 5. L'improprio ricorso al diritto penale in chiave pedagogica – 6. Eguaglianza, differenze e (presunte) *reverse discriminations* – 7. Tecnica normativa e schizofrenie legislative – 8. Tra reati impossibili e clausole di salvaguardia della libertà di opinione – 9. Dalla tutela delle organizzazioni di tendenza al salvacondotto per ogni discriminazione in forma associata – 10. Reati di odio e diritto penale dell'intenzione – 11. Le trappole del vittimismo (dell'omofobo) e del conformismo

### Abstract

Approvato alla Camera il 19 settembre 2013, il disegno di legge contenente *Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia* è ora all'attenzione della Commissione Giustizia in sede referente del Senato (A.S. n. 1052). La riflessione proposta cerca di dimostrare — attraverso una lettura condotta con gli occhiali di un costituzionalista liberale — il carattere prevalentemente strumentale delle critiche mosse al progetto legislativo, accusato di aggredire *tout court* la libertà di espressione o di introdurre *reverse discriminations*. Nel contempo, con gli stessi strumenti interpretativi, argomenta le criticità costituzionali presenti nell'attuale formulazione legislativa del provvedimento, mettendone in evidenza i paradossi, le contraddizioni e fin'anche l'eterogenesi dei fini dichiarati.

*On September 19th 2013, the Camera (one of the two Houses of Parliament) passed a Bill on measures against homophobia and transphobia, which is now under assessment before the Justice Committee of the Senate (A.S. 1052). From a liberal constitutional viewpoint, this paper shows how critics addressed to the Bill are unfair, since it does not attack the freedom of speech and it does not introduce reverse discriminations. In the meanwhile, through the same approach, the paper analyses the Bill critical profiles with respect to the Constitution, emphasizing its paradoxes, inconsistencies, and the heterogenesis of declared ends.*

\* Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara. Il testo fa sintesi delle due relazioni svolte in occasione dei Seminari sul tema *Verso il reato o l'aggravante di omofobia e transfobia: profili penalistici e costituzionalistici*, promossi da Arci-Gay nazionale e Articolo29 presso l'Università degli studi di Ferrara (6 dicembre 2013) e l'Università degli Studi Federico II di Napoli (13 giugno 2014): la riflessione proposta s'intende, dunque, aggiornata al 31 maggio 2014. Il presente contributo è anche destinato agli *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

## 1. Le dinamiche dell'odio

Sono noti i meccanismi capaci di innescare relazioni di odio tra gruppi: ci aiuta a capirli la psicologia sociale (cfr., anche per le opportune citazioni bibliografiche, A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in DPC, 9 luglio 2013).

Nella percezione dell'altro ciascuno di noi opera delle categorizzazioni sociali, che ci consentono di distinguere "noi" da "loro". È un processo cognitivo che tutti attiviamo, più o meno consapevolmente, perché particolarmente funzionale: rinsalda la nostra identità, individuale e collettiva. Consente di prevedere la condotta altrui. Opera come bussola nella nostra vita di relazione.

Il problema nasce quando tali processi di categorizzazione subiscono delle distorsioni sistematiche. Si parte aderendo acriticamente ai luoghi comuni. Si prosegue quando, abusandone, trasformiamo gli stereotipi in veri e propri pregiudizi, fino a sentirci minacciati (anche solo simbolicamente) dal *diverso*. Il punto di non ritorno si tocca quando al diverso neghiamo la sua stessa umanità, odiandolo. È allora che l'annientamento dell'altro, ridotto a capro espiatorio, è solo questione di tempo. Il suo sacrificio è inevitabile, perché percepito come condizione necessaria per la sopravvivenza di tutti gli altri capri. Diventa, nella collettiva volontà di linciaggio, addirittura burocratica *routine*, perché la vittima è percepita come un alieno (poiché il suo carnefice non sa più di chi o di che cosa parla).

Si può dire anche così, attraverso un dialogo: «Questa sera uccidiamo i parrucchieri e i froci!», «Perché i parrucchieri?». In realtà, non diversamente da un parrucchiere, anche l'omosessuale (ma vale egualmente per l'ebreo, il rom, l'extracomunitario, la donna) non c'entra per nulla, se non per il fatto che ne è vittima.

## 2. I discorsi di odio

In questa dinamica i discorsi di odio svolgono un ruolo decisivo, attraverso le proprie infinite varianti linguistiche: le etichette denigratorie (*frocio* invece di *gay*), le etichette categoriali (*culattoni* invece di *omosessuali*), gli scherzi di odio (che, ridendo, rinsaldano il pregiudizio, come rappresentato in una nota sequenza del film *Philadelphia* di Jonathan Demme), il ricorso agli insulti («nella vita bisogna provare tutto, tranne la droga e i culattoni», Renzo Bossi *dixit*), fino ad integrare vere e proprie fattispecie di reato (ingiuria, diffamazione, istigazione).

Altrettanto cangianti sono le strategie argomentative adoperate per mascherare il dato di realtà di un'odiosa discriminazione: la banalizzazione (del tipo «non riesco a capire perché picchiare un omosessuale sarebbe un'aggravante, mentre picchiare me, che non ho particolari qualificazioni sessuali, sarebbe meno grave», come ha scritto Piero Ostellino, *Gli errori della legge anti omofobia*, ne *Il Corriere della Sera*, 3 agosto 2013), la rivalità tra vittime («basta con la storia dell'omofobia e della transfobia! Oggi ci sono ben altre emergenze»), la gara tra catastrofi («la persecuzione degli omosessuali è niente a fronte della corsa agli armamenti e dei disastri ambientali»), il capovolgimento dei ruoli («i gay, vittime ieri, sono oggi una lobby potente»), il negazionismo (perché l'omofobia si manifesta soprattutto quando non pronuncia l'oggetto della sua discriminazione, negandola).

In questo contesto, il transito dai discorsi di odio (*hate speeches*) ai reati di odio (*hate crimes*) è postulato come esito inevitabile. E come il camion trascina il rimorchio, così il *continuum* tra discorsi di odio e crimini di odio giustifica la richiesta esigente di una tutela penale. Questa domanda di criminalizzazione preme ora alle porte anche del nostro ordinamento, e trova traduzione nel disegno di legge approvato alla Camera il 19 settembre 2013, contenente *Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*.

Trasmessa al Senato (A.S. n. 1052), la delibera legislativa della Camera è, attualmente, all'esame della Commissione Giustizia in sede referente di Palazzo Madama, che ha concluso la discussione generale e ha iniziato a votare gli emendamenti presentati.

## 3. Il pulpito ferrarese e la lente del costituzionalista liberale

Chi mi conosce sa che sono solito dire quel che penso (e fare quel che dico). Non lesinerò, dunque, osservazioni giuridiche abrasive sul prodotto legislativo della Camera. Tuttavia l'onestà intellettuale non è sinonimo di dabbennaggine politica.

Chi vi parla insegna all'Università di Ferrara. E proprio dalla città estense, per meglio dire dal suo pulpito più alto, si è potuta ascoltare una condanna senza appello del disegno di legge in oggetto, nel nome della «grande tradizione eterosessuale dell'occidente» e della libertà di opinione che costituisce la base di una «sana laicità». Cose così, infatti, si sono lette sulla stampa nazionale in un articolo (*Legge sull'omofobia: fine della democrazia?*, in *Libero*, 25 luglio 2013) scritto da monsignor Luigi Negri, vescovo della diocesi di Ferrara-Comacchio, ispiratrici di un *Appello dei Giuristi per la Vita* contro l'approvazione del disegno di legge di cui oggi discutiamo (*Fermiamo la legge contro l'omofobia*, in [www.giuristiperlavita.org](http://www.giuristiperlavita.org)).

Posizioni legittime. Ma non sono le mie. Personalmente, mi riconosco in ben altre parole: «Io penso che nella scala fra totalmente eterosessuale e totalmente omosessuale ci siano infiniti gradi» e so che «ci si innamora di un essere umano, non di una sessualità [...] Ci si innamora di chi ci s'innamora. Punto» (Giuseppe Gabardini, *Non sentiamoci in colpa, si può essere gay e felici*, ne *La repubblica*, 31 ottobre 2013). Essere lesbica, gay, bisex, trans, queer, intersex, non è una scelta, non è un vizio, non è un vezzo, non è una malattia: è, più semplicemente, una condizione della persona. Infatti, come riconosce anche la Corte costituzionale, l'identità sessuale è un concetto complesso e, ai fini della sua identificazione, «viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, (...), ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale». La sessualità individuale va assunta «come dato complessivo della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando — poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa — il o i fattori dominanti» (sentenza n. 161/1985).

Penso, altresì, che la risposta più efficace contro l'omofobia e la transfobia non sia quella che si vuole dare a valle, attraverso la sanzione penale, ma a monte, attraverso il più ampio riconoscimento possibile dei diritti di cittadinanza a chi non è eterosessuale. Quei diritti che, invece, da quello stesso pulpito (e dai Giuristi per la Vita) sono derubricati a temi eticamente sensibili, dunque divisivi, quindi espulsi dall'agenda parlamentare.

Penso, inoltre, che la difesa sacrosanta della libertà di opinione non possa essere a corrente alternata, perché per un laico come me — sano o malato, non saprei dire — la libertà di espressione va salvaguardata *sempre*. Specialmente quando le parole che leggiamo o ascoltiamo non sono le nostre. In caso contrario, la bandiera della libertà di espressione è solo un alibi per attaccare un provvedimento inviso.

Ciò detto, torniamo a noi. Il mio compito è quello di illustrare i profili e le criticità costituzionali del testo legislativo approvato a Montecitorio. Sono profili e criticità che emergono numerosi, avendo trovato traduzione formale in un parere (non recepito) della I Commissione Affari costituzionali, in molte pregiudiziali di costituzionalità (tutte respinte) e in molti emendamenti (alcuni dei quali approvati dall'Aula).

Già qui si registra una novità di grande rilievo. Nella scorsa XVI Legislatura, infatti, due proposte di legge in tema si erano infrante contro altrettante questioni pregiudiziali di costituzionalità, approvate dall'Assemblea della Camera. Ora, invece, il disegno di legge supera il suo primo *test* di legittimità. Dunque, tutto bene? Vediamo.

#### 4. La clava penale e il rischio di una “vittoria di Pirro”

Cominciamo con il dire che questa è una legge che mira a introdurre una specifica tutela penale delle persone omosessuali e transessuali, colmando così un risalente *gap* con altri paesi europei, e dando seguito a fonti normative e atti di indirizzo degli organi dell'Unione Europea che raccomandano interventi più incisivi contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale (fonti e atti di cui il parere favorevole al disegno di legge, espresso dalla XIV Commissione Politiche dell'UE, contiene un'antologia).

Esplicite, in tal senso, sono anche le pertinenti Risoluzioni del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006, del 14 gennaio 2009, del 24 maggio 2012, come pure le parole del Capo dello Stato, pronunciate il 17 maggio 2013 in occasione della Giornata Mondiale contro l'omofobia.

Potente, dunque, è la spinta propulsiva favorevole al ricorso alla leva penale. Qui sorge un primo problema, almeno per un giurista liberale che aspira a un diritto penale minimo e che concepisce la detenzione quale *extrema ratio*. La richiesta di penalizzazione, infatti, in questa materia è spesso formulata con toni intimidatori: più della leva, è la clava penale a essere invocata.

Il *climax* dei lavori della Camera lo testimonia. Vengono introdotte nuove plurime figure di reato. E poiché ciò che è vietato al singolo non può essere fatto neppure in forma collettiva, vengono anche introdotti i corrispondenti reati associativi. Tutte le fattispecie penali di nuovo conio saranno da perseguirsi non a querela di parte, ma d'ufficio. Si fa leva anche sulle circostanze del reato: giudicando insufficiente l'aggravante dell'aver agito per «motivi abietti o futili» (art. 61, n. 1, c.p.), viene inserita una circostanza



specifica che comporterà l'aggravio della pena almeno fino alla metà (e non nella misura di un terzo, com'è per le aggravanti comuni). E sarà un inasprimento sanzionatorio assicurato comunque, perché la nuova aggravante è per legge estromessa dal giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti. Infine, alla dosimetria sanzionatoria già di per sé elevata per ciascuno dei reati introdotti, si aggiunge anche un ventaglio di sanzioni accessorie, finalizzate alla rieducazione del condannato e da scontare (non in alternativa, ma) al termine della espiazione della pena principale.

Ne risulterà, dunque, un quadro normativo severo, frutto della tecnica normativa prescelta: innestare la tutela penale contro omofobia e transfobia nella Legge Reale (n. 654 del 1975) e nella Legge Mancino (n. 205 del 1993) che costituiscono i riferimenti essenziali nella legislazione italiana di contrasto alle discriminazioni. Scelta non priva di giustificazioni (come vedremo). Eppure scelta non obbligata, potendosi lavorare sull'introduzione nell'art. 61 c.p. di una nuova aggravante: come si tentò nella scorsa Legislatura con il disegno di legge Concia e come prevedeva, nell'attuale, il disegno di legge Brunetta-Carfagna.

Temo che un simile inasprimento sanzionatorio possa produrre un effetto *boomerang*. Mi spiego. Altrove, le persone dello stesso sesso possono sposarsi, adottare figli, le loro unioni civili trovano tutela legale. In Italia tutto ciò non accade. In Italia l'idea di matrimonio tra persone dello stesso sesso è inchiodato a un'incredibile interpretazione originalista dell'art. 29 della Costituzione, non esiste l'adozione per i *single* né per le persone transessuali o omosessuali, né le unioni civili (neppure per le coppie eterosessuali). In Italia, se una persona cambia sesso, rischia di compromettere la propria vita e — se sposata — la legge impone la separazione a prescindere (in attesa che il legislatore dia seguito a quanto deciso dalla Corte costituzionale con la sua — deludente — sentenza n. 170/2014).

In un paese così arretrato, è di gran lunga più facile concedere una tutela penale *ex post* che riconoscere diritti di cittadinanza *ex ante*. E più quella tutela penale è severa, più domani ascolteremo l'argomento del «Che cosa volete ancora?». Così, invece di essere la prima crepa nella diga che impedisce l'allargamento della titolarità di diritti da noi ancora negati, questa legge potrà paradossalmente rappresentarne un ostacolo politico. Una «vittoria di Pirro».

## 5. L'improprio ricorso al diritto penale in chiave pedagogica

Mi sia consentita una seconda invasione nel campo penalistico. Anche nelle parole del relatore alla Camera, on. Scalfarotto, la natura di legge-manifesto del provvedimento non è negata: «È uno di quei casi in cui la norma penale ha un effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità».

Si può anche condividere quest'uso del diritto penale, sostenendo che la selezione del bene giuridico tutelato, e la dosimetria sanzionatoria decisa per la sua lesione, è sempre un segnale culturale circa la scala di valori che il legislatore intende implementare e difendere. Ma non è questa la funzione di un diritto penale liberale. Scrivere una legge penale non è fare ideologia, ma è — innanzitutto — scrivere una legge. E la trama costituzionale di un diritto penale liberale non contempla l'uso del reato e della pena in chiave pedagogica, perché non deve imporre valori con la minaccia della spada, semmai mettere in sicurezza valori che si sono già affermati nel dibattito pubblico. Ricorrere a nuovi reati, comuni e associativi, e a un poderoso aumento di pena per ravvivare un dibattito che langue e per convincere i consociati del valore di un bene giuridico «è, per un giurista liberale, né più né meno che una bestemmia» (Gabriele Fornasari).

Conosco l'obiezione. Se la critica illustrata ha fondamento, il suo bersaglio deve essere non la tutela penale contro le discriminazioni omofobiche e transfobiche, ma l'intero spettro delle leggi Reale e Mancino, punitive di condotte — individuali e associate — che discriminano per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Sono d'accordo. E, infatti, non dimentico che la Legge Reale ha inaugurato la legislazione emergenziale degli anni settanta del secolo scorso (costituzionalmente *borderline*), e che su di essa venne richiesto un referendum abrogativo popolare nel 1978, purtroppo sconfitto nelle urne. Così come ricordo che la Legge Mancino è stata opportunamente corretta con Legge n. 85 del 2006, che ne ha mitigato o abrogato taluni dei suoi reati di opinione. E pazienza se quell'intervento legislativo è stato strumentalmente voluto dalla Lega Nord per incidere su processi in corso contro alcuni suoi dirigenti, più che per autentiche finalità garantiste: anche un orologio rotto segna, due volte al giorno, l'ora esatta.

## 6. Eguaglianza, differenze e (presunte) *reverse discriminations*

Vengo ora a un terzo profilo problematico, vero *mood* nel dibattito parlamentare: la critica secondo cui il disegno di legge invece di azzerare le discriminazioni, ne produrrebbe di nuove.

Per un verso, altre situazioni meritevoli di protezione, in cui si commettono delitti contro persone in ragione della loro condizione, non ricevrebbero eguale tutela. Per altro verso, chi subisce violenza per ragioni legate al proprio orientamento sessuale o alla propria identità di genere, riceverebbe una protezione privilegiata rispetto a chi subisce violenza *tout court*. In entrambe le ipotesi, ad essere violato sarebbe il principio costituzionale di eguaglianza.

Trovo queste censure costituzionalmente infondate. E concordo con chi in dottrina ha osservato che simili dubbi sorgono in coloro che «negli orientamenti sessuali in questione vedono, tuttora, non un fattore di vulnerabilità, bensì un *vizio*» (Emilio Dolcini). Infatti, il principio di eguaglianza — correttamente inteso — implica le differenze: a situazioni diverse trattamento differente, a situazioni simili trattamento eguale. Già il comma 1 dell'art. 3 Cost. (che enuncia l'eguaglianza nella sua accezione formale) contiene in sé un nocciolo duro indefettibile, laddove vieta discriminazioni in ragione — ad esempio — del sesso e delle condizioni personali. È poi il comma 2 del medesimo articolo (che declina l'eguaglianza nella sua accezione sostanziale) ad imporre alla Repubblica l'obbligo di provvedere a rimuovere gli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Il loro combinato disposto, dunque, serve a evitare le discriminazioni (e le assimilazioni) irragionevoli e a combattere le diseguaglianze materiali, rappresentando così una base largamente sufficiente a legittimare misure antidiscriminatorie, capaci di ripristinare la parità tra diseguali.

Ecco perché argomenti di sicuro effetto, del tipo «perché garantire una tutela specifica agli omosessuali e non agli obesi?», oppure «perché mai picchiare un omosessuale sarebbe più grave che malmenare un obeso?», andranno bene per le bianche poltrone di un *talk show* televisivo. Ha però dell'incredibile che possano risuonare — com'è accaduto — in un dibattito parlamentare. Si tratta, peraltro, di un parallelo particolarmente infelice, comunque lo si guardi. Diversamente dall'obesità, l'omosessualità non è una malattia (anche per l'Organizzazione Mondiale della Sanità, a far data dal 1990). Verso gli omosessuali le discriminazioni presentano, da sempre, un'endemica diffusione sociale: in passato, la catastrofe della *Shoah* travolse (insieme agli ebrei e agli zingari) gli omosessuali, e non gli obesi; nel presente, esistono ancora paesi che puniscono, anche con la pena capitale, la sodomia, non l'obesità.

## 7. Tecnica normativa e schizofrenie legislative

La mia personale empatia verso chi subisce discriminazioni odiose, a cominciare dagli omosessuali e dai transessuali, deve però fare i conti con una sua traduzione normativa rispettosa dei principi costituzionali in materia penale. Tra essi, quello di tassatività-determinatezza della fattispecie di reato. A me pare che l'infelice tecnica normativa di questo disegno di legge possa produrre effetti indesiderati in sede applicativa.

Si è scelto, infatti, di definire gli elementi materiali del reato ricorrendo a due termini — omofobia e transfobia — di cui ad oggi non possediamo una definizione giuridica apprezzabile. È presente, a mia conoscenza, solo nella risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006, che invitava gli Stati membri a istituire la giornata internazionale contro l'omofobia, così fotografata: «Una paura e un'avversione irrazionale sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo». Definizione dall'accezione generica, contenuta in un atto che non è normativo.

In Commissione Giustizia del Senato il problema è stato posto, proponendone una soluzione con un emendamento definitorio (1.1. Malan): «Ai fini della presente legge, per "omofobia" e "transfobia" si intendono comportamenti o affermazioni esplicitamente basate sul concetto secondo il quale le persone che tengono comportamenti omosessuali o transessuali o lo appaiono devono essere oggetto di intimidazioni, persecuzione o violenza o che comunque sono giustificabili intimidazioni, persecuzione o violenza nei confronti di tali persone». Ma l'emendamento è stato respinto.

Non saprei dire se l'attuale formulazione del disegno di legge ne metta a repentaglio il prodotto normativo per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. Certamente sarà un problema per i giudici che finiranno per determinare, più che interpretare, la nuova fattispecie di reato. Avremo, cioè, un diritto vivente *fai-da-te*. Un simile scenario giurisprudenziale dovrebbe preoccupare tutti, e non solo coloro che paventano una torsione punitiva di mere opinioni. Anche chi ha fortemente voluto questa legge dovrebbe essere preoccupato, perché la sua applicazione potrà tradursi in mancate denunce, mancato esercizio

dell'azione penale, mancato avvio dei relativi procedimenti. I confini indeterminati (di un reato), infatti, possono rivelarsi un danno per entrambe le parti confinanti.

Una maggiore determinatezza della fattispecie di reato si sarebbe potuta ottenere adoperando — come faceva l'originario disegno di legge Scalfarotto — le categorie di «identità di genere» e di «orientamento sessuale». È una terminologia già presente nel nostro ordinamento, ad esempio nel decreto legislativo n. 216 del 2003, attuativo della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Ora quelle medesime definizioni sono cristallizzate nella recente legge n. 77 del 2013 di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

La realtà è che abbiamo un legislatore che dà segni di una qualche schizofrenia normativa. Per dire, il dibattito parlamentare si è molto affaticato sulla decisione se inserire o meno anche una circostanza aggravante specifica: prevista nell'originario disegno di legge Scalfarotto, tolta in Commissione Giustizia alla Camera, reinserita in Aula. Quasi contemporaneamente, però, il Parlamento approvava la legge n. 119 del 2013 sul c.d. femminicidio (in realtà per la tutela contro la violenza di genere), che introduce nuove aggravanti penali. E tra queste «se il fatto è commesso [...] da persona che è stata legata da relazione alla persona offesa», formulazione che la rende certamente applicabile anche tra coppie *same sex*. Da qui la schizofrenia: forse avremo l'aggravante per i reati *contro i gay* (se e quando il disegno di legge in esame sarà approvato in via definitiva), mentre abbiamo già l'aggravante per reati *tra gay*.

Ma la schizofrenia legislativa raggiunge livelli davvero di guardia laddove la Camera ha cercato di contemperare tutela penale, libertà di opinione e libertà di associazione. Vediamo come.

## 8. Tra reati impossibili e clausole di salvaguardia della libertà di opinione

Cominciamo dal tema della libertà di opinione, sgombrando innanzitutto il tavolo da alcuni falsi problemi.

L'art. 21 Cost. non entra neppure il gioco con riferimento alla punizione di chi «commette atti di discriminazione per motivi fondati sull'omofobia o transfobia»: si tratta, infatti, di condotte materiali, non di espressione di pensiero.

Così come, in ragione delle modalità con cui il disegno di legge si innesta nella trama della Legge Reale, non ci sarà un reato di *propaganda* di idee fondate sulla omofobia e transfobia. Né sussisterà un reato di *diffusione* di idee omofobiche, perché la fattispecie di diffusione non compare più nella Legge Reale dopo la sua modifica intervenuta nel 2006.

Già questo esclude il rosario di timori — formalizzati alla Camera anche in appositi ordini del giorno — sui pericoli di criminalizzazione per la libertà di ricerca e di insegnamento (materia che, peraltro, gode di tutela privilegiata grazie all'art. 33 Cost.), o per chi affermasse apertamente che un figlio deve avere un padre e una madre, o per chi sollecitasse i parlamentari a non introdurre nella legislazione il matrimonio omosessuale o l'adozione per coppie gay. Ci si è spinti fino a denunciare il rischio d'incriminazione per chi, citando brani delle Sacre Scritture, sostenesse che gli atti compiuti dagli omosessuali sono intrinsecamente disordinati e contrari alla legge naturale.

La verità è un'altra. Tutte queste sono condotte coperte dalla libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita. E messe in sicurezza anche dal principio di offensività del reato: quando, infatti, la condotta non è idonea a ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto — come negli esempi fatti — il reato è impossibile. È quanto già oggi accade, vigente la legge Reale: nessuno, infatti, è stato mai imputato di reato per aver manifestato la propria contrarietà allo *jus soli*, benché la legge vieti discriminazioni per motivi razziali.

Il problema, semmai, ruota attorno alla nuova fattispecie di *istigazione* di atti discriminatori per motivi fondati sull'omofobia e la transfobia. Anche in considerazione del fatto che, già oggi, la legge Mancino punisce penalmente la c.d. istigazione *sterile*, non seguita cioè dalla commissione di atti discriminatori o violenti (Luigi Stortoni).

Al fine di arginare i rischi di un'esonazione della nuova fattispecie nel reato d'opinione, è stato approvato alla Camera un emendamento (1.61. Verini) a tenore del quale «ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente».

Non pare davvero una trama normativa di pregio. È causidica, laddove adombra l'esistenza di convincimenti e opinioni che sarebbero estranee al pluralismo delle idee. Ha un contenuto rinnegante,

laddove afferma che i convincimenti e le opinioni elencate non configurano istigazione salvo che non siano istigazione. È addirittura spettacolare laddove rimanda a una categoria — il «diritto vigente» — che abbraccia qualunque atto normativo, dal principio supremo dell'ordinamento all'ordinanza del sindaco del più minuscolo comune (come ha acutamente osservato Luca Morassutto). Con tanti saluti alla riserva di legge in materia penale, salvo non si dia del sintagma «diritto vigente» un'interpretazione costituzionalmente orientata, che lo legga come un riferimento a condotte conformi alle (sole) leggi vigenti.

Anche qui l'esito è schizofrenico. Vi si può vedere il rischio di un restringimento — fino allo svuotamento — delle ipotesi di applicazione in concreto delle fattispecie di reato introdotte. Oppure, al contrario, una clausola di salvaguardia per la libertà di opinione che non salvaguarda alcunché.

Avendo deciso di inserire nel corpo legislativo una sorta di fusibile normativo, meglio, molto meglio sarebbe stato allora accogliere uno dei tanti «emendamenti dell'avverbio», seguendo il suggerimento della I Commissione Affari costituzionali, che proponeva una formula più tacitiana: punire solo chi istiga «apertamente».

Sarà bene che il Senato corra ai ripari. La Commissione Giustizia mostra di avere consapevolezza del problema. Eppure, è proprio davanti all'emendamento presentato dal suo Presidente (1.15, testo 2, Palma) che i lavori si sono incagliati: illustrato nella seduta del 15 aprile 2014, la sua votazione è stata dapprima rinviata e, successivamente, se ne è chiesto l'accantonamento con il rischio che ciò possa implicare la sospensione dell'*iter* dell'intero procedimento (così nell'ultima seduta del 29 aprile scorso).

L'intento dell'emendamento — secondo il suo presentatore — è quello di sopprimere il riferimento alla mera istigazione, qualificando esplicitamente come penalmente rilevante il solo pubblico incitamento. Coerentemente, viene riformulata in termini analoghi anche la clausola di non punibilità introdotta all'art. 3, comma 3-*bis*, della Legge Reale (il c.d. emendamento Verini). L'obiettivo è garantire una disciplina meglio determinata, capace — a un tempo — di ridurre al minimo i rischi di reati di mera opinione e di consentire la repressione delle condotte più odiose. Vedremo come andrà a finire.

## 9. Dalla tutela delle organizzazioni di tendenza al salvacondotto per ogni discriminazione in forma associata

Ponendosi il problema di come tutelare le organizzazioni di tendenza, i deputati — se possibile — hanno fatto anche di peggio.

È stato, infatti, approvato alla Camera un subemendamento (0.1.61.100 Gitti) che si salda al precedente, con il quale sarebbero scriminate la manifestazione di opinioni e convincimenti o le condotte motivate da ragioni omofobiche o transfobiche «se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni». Nelle intenzioni del proponente, si tratta di mettere in sicurezza il pluralismo (anche statutario) che connota le organizzazioni e le imprese svolgenti attività politica, sindacale, culturale ovvero operanti nell'ambito della sussidiarietà (sanità, istruzione, formazione).

L'effetto concreto pare invece andare ben oltre l'intenzione dichiarata. Avessi in odio omosessuali e transessuali, correrei ad iscrivermi a organizzazioni politiche o culturali egualmente orientate, garantendomi così un comodo salvacondotto. Alcune esistono già (si chiamano, ad esempio, Forza Nuova, Militia Christi), ma potrei io stesso fondarne di nuove. E poiché il subemendamento si innesta nella trama della Legge Mancino, altrettanto potranno fare coloro che sprigionano odio per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi.

Complimenti vivissimi, dunque, alla Camera che così sdoganerebbe *urbi et orbi* la discriminazione associativa in tutte le sue declinazioni legislative. Voleva aggiungere un vagone alla Legge Mancino, ha finito per deragliare su un binario morto l'intero convoglio. Anche qui, è necessario che il Senato corra ai ripari.

## 10. Reati di odio e diritto penale dell'intenzione

Mi avvio alla conclusione con una riflessione che scavalca i problemi di tecnica redazionale e investe il problema di fondo che il disegno di legge in esame pone. Con tale proposta — si è detto — non viene punita l'opinione, né viene limitata. È semmai punito chi incita all'odio, non chi esprime un'opinione. Incitare all'odio è un atto linguistico che va oltre la dimensione discorsiva, configurandosi quale vero e



proprio reato: perché qui il dire è il fare, chi manifesta odio *fa* cose, compie un atto violento. Tanto più violento in quando rivolto contro qualcuno per ciò che è, non per ciò che fa. Scusandomene in anticipo, posso esemplificare volgarmente? Quando qualcuno dice «frocio di merda!» non sta esprimendo un'opinione. Sono tesi sostenute e difese, in particolare, dall'on. Michela Marzano, sia in aula che nello spazio pubblico (cfr., da ultimo, Id., *Le parole sono pietre*, ne *La repubblica*, 16 ottobre 2014).

Attenzione, tuttavia, al piano pericolosamente inclinato dei reati di odio. L'odio è una pulsione che fa parte della bestia che è in tutti noi e che, più o meno a fatica, teniamo sotto controllo — come insegna la psicanalisi — grazie al nostro *super-Io*. Perché abbiamo tutti un'anima divisa in due, agnello e lupo cattivo insieme. Mi e vi domando: siamo davvero sicuri che sia compito del diritto penale surrogare le carenze del nostro genitore interiore? Il movente di un reato può entrare certamente in gioco, nella costruzione della fattispecie penale e nella relativa dosimetria sanzionatoria. Ma, da solo, non è il reato.

Per un giurista liberale non esistono persone buone o lupi cattivi, esistono solo azioni buone o cattive. Per un giurista liberale non va mai valicato il confine che separa il diritto penale del fatto dal diritto penale dell'atteggiamento interiore, con tutti i suoi precipizi (sul piano dell'onere della prova, dell'arbitrarietà giurisprudenziale, della confusione tra reato e peccato).

Ecco perché un giurista liberale si mette in allarme, quando sente odore di reati dove l'elemento materiale è costituito dall'espressione di un pensiero, un giudizio, un sentimento (anche se empio, falso, indicibile). La loro *ratio*, infatti, è limitare la circolazione di idee, *quale esse siano*, prefigurando una democrazia protetta che esclude dal suo perimetro determinate opinioni *in quanto tali* (Elisabetta Lamarque).

Prima ancora di George Orwell e del suo 1984, andrebbe riletto Gaetano Salvemini, che invitava a garantire in massimo grado la libertà di espressione, poiché la degenerazione di un regime democratico in un regime ideologicamente chiuso avviene gradualmente. E te ne accorgi sempre troppo tardi, quando si è ormai consumata.

## 11. Le trappole del vittimismo (dell'omofobo) e del conformismo

C'è un'ultima ragione che m'induce a dissentire con la proposta di affidare alla legge penale la risposta ai discorsi di odio. È la trappola del vittimismo di chi fa discorsi di odio. È quell'eterogenesi di fini che trasforma gli omofobi (ma anche gli xenofobi, i negazionisti, i razzisti) in martiri della libertà di pensiero. Anche per evitare tale capovolgimento di ruoli, non è con il codice penale che si deve fare fronte alla pulsione a ripetere gli orrori del passato e del presente o addirittura a farne l'apologia.

Alternativa preferibile sarebbe l'adozione di un piano nazionale, promosso dai dicasteri competenti, per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni e l'assistenza alle vittime di crimini di odio (in raccordo con i piani nazionali già esistenti come quelli antiviolenza, antirazzismo, antibullismo, contro la violenza nello sport, e la strategia nazionale di inclusione di Rom, Sinti e camminanti), come proposto, all'interno della comunità LGBT, dall'Associazione radicale *Certi Diritti*. Il problema di queste risposte di prevenzione è che richiedono investimenti adeguati. L'introduzione nel codice penale di un nuovo reato o di una nuova aggravante, invece, è a costo zero.

Analogamente, pavento il rischio della deriva conformista. Sia pure a fin di bene (materiale di cui, com'è noto, sono lastricate le vie dell'inferno) l'uso della sanzione penale in questa materia rischia di inibire la libertà di espressione, orientandola verso la costruzione di un comune sentire. Il buon senso muta così, insidiosamente, in senso comune, anticamera dell'omologazione dominante. È una forza alla quale pochi riescono a resistere, perché il conformismo risiede nell'esigenza innata dell'approvazione di sé, che si ottiene dall'approvazione altrui.

Ecco perché, se useranno violenza materiale, andranno certamente processati e puniti i tanti omofobi (e, con loro, gli altrettanto numerosi razzisti, antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé). Se, invece, si limiteranno all'uso violento della parola, meglio lasciarli farneticare. E avere fiducia nella dialettica che Platone chiamava — nel *Sofista* — «la scienza degli uomini liberi». Come nella corrosiva vignetta di Tullio Altan che rappresenta il dialogo tra due persone: «Io non sono stronzo», «Negazionista, eh?»

**Marco Pelissero\***

## Omofobia e plausibilità dell'intervento penale

### Sommario

1. Diritto penale e omosessualità: dall'autore alla vittima del reato. Contrazione ed espansione del controllo penale – 2. La questione della tutela penale rispetto a condotte omofobiche e transfobiche: il disegno di legge S-1052 – 3. Obblighi e divieti di incriminazione – 4. Argomenti generali contrari ad un intervento penale specifico rispetto ai reati a motivazione omofobica – 5. Le critiche alla L. n. 654/197 – 6. Argomenti contrari alla introduzione di una circostanza aggravante special – 7. Quale bene giuridico tutelare – 8. Omofobia e criteri di politica criminale – 9. Soluzioni penali plausibili entro un programma integrato di tutela

### Abstract

L'Autore analizza le ragioni addotte a favore e contro l'intervento di specifiche norme penali rispetto ai reati fondati sull'omofobia e sulla transfobia, prendendo in particolare considerazione il disegno di legge n. 1052 in esame al Parlamento. La tutela penale appare del tutto ragionevole in quanto i reati a motivazione omofobica ledono la dignità personale della vittima del reato e sono giustificabili alla luce dei criteri di politica criminale (proporzionalità, sussidiarietà ed efficacia della tutela). In ogni caso, la funzione preventiva delle norme penali sarebbe rafforzata non solo se si riformassero alcuni profili critici della disciplina della L. n. 654/1975, ma anche se il legislatore intervenisse con un programma integrato di tutela contro le discriminazioni per orientamento sessuale e, più in generale, di potenziamento del rispetto di ogni diversità.

*The author analyzes the reasons given for and against the intervention of specific criminal laws with respect to offenses based on homophobia and transphobia, particularly taking into account the bill project n.1052, now in discussion in Parliament. The criminal protection seems quite reasonable, because the homophobic crimes injure the personal dignity of the victim and are justifiable under the criteria of criminal policy (proportionality, subsidiarity and effectiveness of protection). In any case, the prevention aim of criminal laws would be strengthened not only through the reform of some profiles of the bill n. 654/1975, but also through an integrated program of protection against discrimination for sexual orientation and, more generally, to increase the respect for every diversity.*

### 1. Diritto penale e omosessualità: dall'autore alla vittima del reato. Contrazione ed espansione del controllo penale

Di fronte della crisi che vive il diritto penale come strumento di controllo sociale, tra politiche criminali simboliche e inefficacia di un sistema sanzionatorio incapace di affrontare in modo strutturale il problema del sovraffollamento carcerario, potrebbe apparire marginale una riflessione sui limiti di legittima-

\* Ordinario di Diritto penale, Università di Genova. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

zione del diritto penale come strumento di contrasto all'omofobia. Forse nella città, sempre più fatisciente, del diritto penale qualcuno potrebbe considerare questo tema poco più che una buca da aggiustare.

Pur trattandosi di una questione obiettivamente meno urgente del sovraffollamento delle carceri e della perenne ricerca di strumenti di politica criminale più efficaci nella prevenzione della criminalità, la questione delle possibilità e dei limiti del diritto penale nel contrasto alla omofobia ed alla transfobia tocca in realtà punti nevralgici che investono la stessa legittimazione del diritto penale: il rapporto, sempre controverso, tra morale e sistema penale<sup>1</sup>; i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero; il rispetto dei principi fondativi della razionalità del sistema penale (offensività, proporzione, sussidiarietà) in un contesto europeo arricchito da obblighi e da sollecitazioni ad utilizzare la sanzione penale; l'efficacia della risposta sanzionatoria.

Tradizionalmente il rapporto tra diritto penale ed omosessualità si è sviluppato in una prospettiva diversa da quella nella quale oggi se ne discute, almeno nel contesto dei Paesi di cultura occidentale: si è passati dalla criminalizzazione dei rapporti omosessuali ad interrogarsi sulla meritevolezza di norme penali capaci di evidenziare lo specifico disvalore delle aggressioni omo/transfobiche. In tal modo, nella discussione penalistica l'omosessualità ha connotato non più l'autore del fatto, ma la vittima.

Quando, sul finire degli anni Cinquanta del secolo scorso cominciò in alcuni ordinamenti, nell'ambito delle discussioni a livello legislativo sulla riforma del sistema penale, la riflessione sui beni meritevoli di tutela penale, si pose il problema della legittimità dell'intervento penale in ambiti maggiormente connotati da una forte stigmatizzazione morale: nella discussione sulla rilevanza penale dei rapporti omosessuali tra adulti consenzienti, il rapporto tra diritto penale ed omosessualità si giocava tutto sul terreno della contrazione dell'intervento penale al fine di garantire uno spazio libero dal diritto a sfere di intangibilità personale. Da quelle discussioni, che videro in Inghilterra Patrik Devlin perorare la necessità di non depenalizzare i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti e in Germania le posizioni critiche dell'*Alternativ-Entwurf* rispetto al progetto di legge governativo che prevedeva di conservare l'incriminazione dei comportamenti omosessuali (§ 175 StGB)<sup>2</sup>, emersero due elementi fondamentali. Da un lato, si rivalizzava l'importanza della funzione critica del bene giuridico, quale istanza di limite al potere punitivo: se il legislatore può attribuire rilevanza penale solo ai fatti che siano offensivi di interessi meritevoli di tutela penale, il disgusto e la vergogna, di cui ha scritto Martha Nussbaum<sup>3</sup>, sono «tipicamente congeniali a un moralismo conservatore, perché incoraggiano la stigmatizzazione e la discriminazione non solo degli atti che li provocano, ma degli stessi individui che ne sono autori»<sup>4</sup>; non possono, pertanto, essere oggetto di tutela penale in un ordinamento fondato sul principio supremo di laicità<sup>5</sup>.

Dall'altro lato, la contrazione del diritto penale si giustifica anche in funzione del riconoscimento dei diritti individuali, in particolare del diritto a vivere la propria sessualità, senza che ciò comporti una limitazione o una lesione dei diritti altrui. La Corte europea dei diritti dell'Uomo ha ravvisato nella incriminazione di rapporti sessuali tra adulti consenzienti una violazione dell'art. 8 della Convenzione che tutela la vita privata; nella sentenza *Dudgeon* del 1981, prendendo in esame le norme penali che in Gran Bretagna punivano i rapporti omosessuali, affermò che il turbamento che gli atti omosessuali possono provocare a taluno non è in grado di legittimare una incriminazione che violerebbe il diritto alla vita privata, garantito dall'art. 8 Cedu<sup>6</sup>.

1 Si vedano le riflessioni di G. Fiandaca, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 209 ss.; Id., *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, L. Risicato e E. La Rosa (a cura di), Torino, Giappichelli, 2009, p. 18 ss.; Id., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, G. Fiandaca e G. Francolini (a cura di), Torino, Giappichelli, 2008, p. 153 ss.

2 Su questo dibattito v. G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, Milano, Giuffrè, 2001, p. 442 ss.

3 M. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, Carocci, 2005.

4 G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 30.

5 Per l'affermazione di tale principio, v. Corte costituzionale, sentenza 11 aprile 1989, n. 203.

6 Corte Edu, 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, in *Foro italiano*, 1982, c. 177; su questa sentenza v. M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, Il Saggiatore, 2011, p. 49 ss.; L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 433. Per una sintesi degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'Uomo sui limiti di incriminazione in relazione all'orientamento sessuale, v. A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti penali incontrano i sistemi penali*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 403 ss.

Nella discussione sul rapporto tra diritto penale ed omosessualità, entrambe le categorie, quella del bene giuridico e quella dei diritti individuali, hanno imposto l'arretramento del diritto penale rispetto ai rapporti omosessuali: non è un caso che questo percorso si sia sviluppato proprio nei Paesi che per tradizione hanno valorizzato il riconoscimento dei diritti individuali, a fronte di altri ordinamenti nei quali i rapporti omosessuali costituiscono ancora reato.

## 2. La questione della tutela penale rispetto a condotte omofobiche e transfobiche: il disegno di legge S-1052

Oggi, invece, il rapporto tra omosessualità e diritto penale si muove in una direzione opposta che sollecita l'espansione del controllo penale in funzione di potenziamento degli strumenti di contrasto alle aggressioni omofobiche e trans fobiche. La riflessione chiama in causa, nuovamente e specularmente, le due categorie del bene giuridico e dei diritti individuali.

In un contesto di sviluppo della politica criminale che guarda con favore ai processi di depenalizzazione (si veda da ultimo la legge delega n. 67/2014), la categoria del bene giuridico è in grado di offrire spazi a giustificazione dell'intervento penale?

Al contempo, i diritti individuali potrebbero fondare nuove scelte di incriminazione, secondo una tendenza che riflette il ruolo che oggi tali diritti rivestono sul piano sovranazionale, come fondamento non per spazi di libertà dal potere punitivo, ma per giustificare la richiesta di intervento del potere punitivo a tutela dei diritti: diritti insaziabili, capaci di erodere la funzione critica tradizionalmente svolta dal bene giuridico<sup>7</sup>.

Che omofobia o transfobia costituiscano un problema anzitutto sociale non può essere messo in discussione. Lo rivelano le indagini sociologiche condotte nel Regno Unito dalle quali emerge che, accanto alle aggressioni per motivi razziali (82%), seguono quelle per ragioni omofobiche (10%). In Italia, le indagini condotte da Arcigay riportano una situazione non tranquillizzante, mentre l'ILGA (*International lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association*) colloca l'Italia al 32° posto quanto a capacità di garantire i diritti umani senza discriminazioni<sup>8</sup>.

Anche le fonti sovranazionali insistono sui divieti di discriminazione: l'art. 14 Cedu prevede un generale divieto di discriminazione; l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vieta ogni forma di discriminazione, anche fondata sull'orientamento sessuale. Vi sono state importanti prese di posizione di organismi sovranazionali, pur se non vincolanti sul piano normativo: le risoluzioni sull'omofobia del Parlamento europeo nel 2006 e 2012<sup>9</sup>; la risoluzione adottata dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, il 15 Giugno 2011, la prima in materia di orientamento sessuale e identità di genere; la risoluzione n. 1728 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, del 29 aprile 2010, sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, e la raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei ministri, del 31 marzo 2010, sulle misure per combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

Va poi riconosciuta alla Corte europea dei diritti dell'Uomo una particolare sensibilità nell'aver equiparato la discriminazione omofobica a quella razziale: «la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale è tanto grave quanto la discriminazione basata sulla razza, l'origine o il colore»<sup>10</sup>. In effetti, sussiste un forte parallelismo tra razzismo e omo/transfobia quale conseguenza della maggiore visibilità della diversità: il primo razzismo si sviluppa per effetto dei fenomeni migratori; l'omofobia emerge soprattutto laddove l'omosessualità ha acquistato maggiore visibilità anche sul piano politico per le richieste di riconoscimento dei diritti individuali e sociali.

7 Si veda il volume collettaneo *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), Carlos III University of Madrid, Madrid, 2014.

8 L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2012, p. 3; della stessa Autrice v. anche *Libertà d'espressione*, cit., 428 ss.

9 Sul punto v. P.F. Pompeo, *Brevi note sulla Risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa*, in *Diritti umani in Italia*, www.duitbase.it.

10 Corte EDU, 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 407 ss. con nota di L. Goisis. Sul tema v. F. Pesce, *Mutamento di genere e orientamento sessuale tra diritto interno, europeo ed internazionale*, in *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, I. Queirolo, A.M. Benedetti, L. Carpaneto (a cura di), Roma, Aracne, 2014, p. 85 ss.



In diversi ordinamenti europei sono state approvate specifiche norme finalizzate a sanzionare i reati a motivazione omofobica<sup>11</sup>. Sul piano legislativo interno, è rinvenibile una particolare attenzione a prevedere divieti di discriminazione: nel D. lgs. n. 276/2003 sul divieto di trattamenti discriminatori da parte di agenzie per il lavoro o di agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori; nell'art. 43 D.lgs. n. 286/1998 sul divieto di discriminazione dello straniero; nel D.lgs. n. 18/2014 che, in relazione alla disciplina dello *status* di rifugiato ha dato espressa rilevanza, nella definizione degli atti di persecuzione di un determinato gruppo sociale, alle «considerazioni di genere, compresa l'identità di genere» (v. art. 8, comma 1, lett. d) D.lgs. n. 251/2007 come modificato dall'art. 1 D.lgs. n. 18/2014)<sup>12</sup>.

Giace in Parlamento il disegno di legge recante *Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*, che nel 2011 non aveva superato le pregiudiziali di legittimità costituzionale<sup>13</sup>, ma è stato poi approvato dalla Camera dei deputati in un testo unificato che ora è all'esame del Senato (S-1052)<sup>14</sup>. Più in particolare, il disegno di legge intende intervenire su due versanti della disciplina della L. 13 ottobre 1975, n. 654 e del D.l. 26 aprile 1993, n. 122 conv. dalla L. 25 giugno 1993, n. 205.

Da un lato, propone di estendere la rilevanza penale anche alla motivazione omofobica e transfobica in relazione ad alcune condotte che la legge del 1975 incrimina se commesse per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; più in particolare si tratta di estendere l'ambito di rilevanza penale delle seguenti fattispecie: istigazione a compiere atti di discriminazione e compimento di atti di discriminazione (art. 1, lett. a, L. n. 654/1975) ; istigazione a compiere atti di violenza e compimento di atti di violenza (art. 1, lett. a, L. n. 654/1975); reato di partecipazione ad una organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza (art. 3, L. n. 654/1975). Non viene, invece, estesa la fattispecie relativa alla propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale prevista dalla prima parte dell'art. 1, lett. a ) L. n. 654/1975; il disegno di legge si propone quindi di estendere le fattispecie nella stessa misura in cui nel 1993 la legge Mancino estese l'ambito di applicazione della disciplina penale ai motivi nazionali o religiosi<sup>15</sup>.

Dall'altro lato, il disegno di legge propone che la circostanza aggravante prevista dall'art. 3 L. n. 205/1993 (reato commesso per ragioni razziali, etniche, nazionali o religiose) si applichi anche ai reati fondati sull'omofobia o transfobia.

L'immobilismo del Parlamento su questo disegno di legge, sul quale evidentemente ancora pesano, da un punto di vista politico, gli argomenti sottesi alle pregiudiziali di legittimità costituzionale, riflette la difficoltà del nostro legislatore di effettuare scelte su temi eticamente sensibili, allo stesso modo in cui si arenò il disegno di legge sulle direttive anticipate, approvato da un ramo del Parlamento sull'onda lunga delle vicende drammatiche dei casi Welby ed Englaro.

Premesso che sono favorevole ad un diritto penale, se non minimo, quantomeno "ridotto" a causa delle note disfunzioni che produce l'ipertrofia del ricorso alla sanzione penale<sup>16</sup>, credo che vi siano fondati argomenti a sostegno di scelte di incriminazione in relazione alle condotte omofobiche. Il punto è verificare, alla luce dei criteri che dovrebbero presiedere alla razionalità dell'intervento penale, le condizioni di legittimazione del suo intervento: fermi restando i divieti di incriminazione, sono possibili diverse opzioni tutte compatibili con il quadro dei principi costituzionali. È necessario, pertanto, verificare se in tema di omo/transfobia sussistano obblighi di incriminazione, divieti di incriminazione ovvero opportunità di incriminazione.

11 Si rinvia alla ricerca di L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 7 ss.

12 Per una applicazione giurisprudenziale v. Corte di cassazione, sentenza del 18 aprile 2012, n. 11586, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012, con nota di M. Winkler, *La VI sezione della Cassazione torna sul tema della protezione internazionale per orientamento sessuale*.

13 Sull'iter del disegno di legge, v. E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 8 ss.

14 Per la scheda riassuntiva v. M. Montanari, *Approvato dalla Camera il progetto di legge in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014.

15 Su tale estensione, v. G.A. De Francesco, *Art. 1, Commento al D.L. 26/4/1993, n. 122*, in *La legislazione penale*, 1994, 177.

16 Di recente v. le riflessioni di G.P. De Muro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 1654 ss.

### 3. Obblighi e divieti di incriminazione

Non sussistono obblighi di incriminazione che impongano un intervento del legislatore italiano. Al momento sono presenti solo strumenti di *soft law*: a riguardo, le risoluzioni del Parlamento europeo non si esprimono a favore dell'introduzione di norme penali, ma sollecitano l'adozione di strumenti di contrasto all'omofobia e transfobia. Vincoli più forti sussistono in relazione al razzismo ed alla xenofobia, rispetto ai quali era stata approvata una decisione quadro (n. 2008/913/GAI del 28 novembre 2008) sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. L'assenza di obblighi, però, non significa che norme penali specifiche siano delegittimate sul piano sovranazionale. Da questo punto di vista è, pertanto, del tutto legittimo un intervento del legislatore.

È invece sul divieto di incriminazione che si è concentrato il dibattito politico e giuridico sviluppatosi a margine dei disegni di legge di contrasto all'omo/transfobia, temendo una forte contrazione della libertà di manifestazione del pensiero, qualora fosse estesa la disciplina penale sulla discriminazione per ragioni razziali, etniche o religiose innanzi richiamata anche agli atti di discriminazione o di violenza fondati su ragioni omo/transfobiche. Questo rappresenta un punto nevralgico della discussione.

Sappiamo che la libertà di manifestazione del pensiero, pur costituendo un fondamento della democrazia, è un bene non assoluto, ma bilanciabile con la tutela di altri beni di pari rango e può essere limitata a condizione che ciò sia necessario e proporzionato rispetto ai fini della tutela del contro-interesse. Si tratta della logica entro la quale si muovono la Corte costituzionale in relazione all'art. 21 Cost. e la Corte europea dei diritti dell'Uomo quando deve verificare il rispetto dell'art. 10 Cedu.

Come ha recentemente affermato la Corte europea dei diritti dell'Uomo «non costituisce ingerenza illegittima nell'esercizio della libertà di espressione condannare chi rende dichiarazioni di incitamento all'odio nei confronti degli omosessuali. Il diritto di cui all'art. 10 Cedu incontra un limite invalicabile nel rispetto dei valori fondamentali di una società democratica, quali la tolleranza e il rispetto dei diritti altrui. Pertanto, a condizione che le pene siano proporzionate, è legittimo che gli stati membri si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia»<sup>17</sup>.

Tuttavia, va subito chiarito che il problema della eventuale limitazione dell'art. 21 Cost. è marginale nell'ambito del testo del disegno di legge S-1052, che non estende i motivi fondati sull'omofobia e sulla transfobia alla condotta prevista nella prima parte della lett. a) della L. n. 645/1975 (come riformata nel 1993), che punisce la diffusione del pensiero razzista; il disegno di legge amplia al motivo omo/transfobico solo le condotte successive che prevedono le condotte di istigazione al compimento o il compimento di atti di discriminazione o di violenza, nonché le condotte di tipo associativo<sup>18</sup>; la frizione con l'art. 21 Cost. può pertanto interessare esclusivamente l'istigazione a compiere atti di discriminazione.

L'esigenza di salvaguardare la libertà di manifestazione del pensiero spiega il tentativo, a mio parere inadeguato allo scopo, di risolvere il problema attraverso la soluzione proposta del disegno di legge n. 1052 di introdurre una clausola di non punibilità (che appare, più precisamente, una clausola di limitazione del fatto tipico): «3-bis. Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

La clausola si presenta inutile e controproducente norma declamatoria di difficile lettura<sup>19</sup>: il riferimento alle condotte «anche se poste all'interno di organizzazioni ...» non è facilmente decifrabile, se non, forse, come norma salvacondotto per quelle associazioni religiose che hanno problemi di accettazione dell'omosessualità; il richiamo al «pluralismo delle idee» è vago; l'espressione condotte «conformi al diritto vigente» costituisce «precisazione tutto sommato condivisibile, persino banale»<sup>20</sup>, perché è ovvio che, se una condotta è conforme al diritto vigente, non può integrare un reato.

17 Corte EDU, 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia*.

18 L. Morassutto, *La legge contro l'omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?*, in *Persona e danno*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2013.

19 M. Gattuso, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013; L. Morassutto, *Omofobia e transfobia: il trucco c'è ... e si vede*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2013.

20 M. Gattuso, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit.

#### 4. Argomenti generali contrari ad un intervento penale specifico rispetto ai reati a motivazione omofobica

Premesso che non sussistono né obblighi né divieti di incriminazione, è necessario verificare se sia opportuno potenziare il controllo penale rispetto alle condotte fondate su motivazioni di omofobia e transfobia. Prenderò in considerazione gli argomenti sviluppati contro l'intervento penale.

Un argomento invocato a sostegno della necessità di escludere qualunque forma di estensione delle disposizioni penali contro il razzismo sviluppa un indebito accostamento di categorie disomogenee, affermando che attribuire rilevanza alla motivazioni omofobica significherebbe mettere in gioco non «soltanto la libertà di esprimere giudizi critici sulle pratiche omosessuali, bensì, più radicalmente la libertà di manifestare il proprio pensiero contro la dittatura del relativismo, che vorrebbe l'equiparazione indistinta di tutte le pratiche sessuali, oggi dell'omosessualità, domani delle pratiche sadistiche e masochistiche e, infine, forse, della bestialità e di altre pratiche oggi ancora ritenute inaccettabili»<sup>21</sup>. Si tratta di una argomentazione del tutto priva di fondamento.

Non è una argomentazione scientificamente fondata, perché basterebbe leggere i documenti dell'Organizzazione mondiale della sanità per rendersi conto che l'orientamento sessuale non può essere accostato a queste altre condotte<sup>22</sup>; omosessualità e transessualità non sono malattie e non possono essere accostate a psicopatie, se non a costo di un regresso sul piano della scienza psichiatrica, considerato che l'omosessualità non è più considerata un disturbo sessuale a partire dalla terza edizione del DSM del 1980. L'argomento, dunque, è di tipo confessionale perché, accostando omosessualità a devianza, stigmatizza un modo di essere sulla base del presupposto della naturalità della eterosessualità.

Purtroppo queste argomentazioni non sono state sviluppate soltanto nella discussione politica, ma si sono anche tradotte in proposte di emendamenti al disegno di legge in discussione in Parlamento.

Un altro argomento fa leva sulla c.d. discriminazione alla rovescia, in quanto si afferma che l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni contro il razzismo si tradurrebbe in una legge "eterofoba" che limiterebbe la libertà di manifestazione del pensiero<sup>23</sup>.

In tal modo, però, si vuole legittimare la libertà di discriminare. Forse il timore di leggere il disegno di legge come incentivante condotte "eterofobe" potrebbe essere risolto sostituendo ai motivi fondati sulla omofobia e transfobia i "motivi fondati sull'orientamento sessuale", o sulla "identità sessuale" (come propose il disegno di legge n. 245 quando fu presentato alla Camera), così da escludere ogni rischio di discriminazione alla rovescia (anche l'eterosessuale sarebbe senza dubbi tutelato dalle aggressioni poste in essere dall'omosessuale eterofobo ...). Soprattutto, però, si utilizzerebbe una formulazione che, a mio avviso, è più precisa e meno connotativa del richiamo alla omofobia e transfobia<sup>24</sup>. In ogni caso, anche se rimanesse nel testo l'attuale formulazione approvata dalla Camera dei deputati, l'omofobia potrebbe essere meglio definita applicando il principio di interpretazione conforme alla luce della risoluzione del 2006 del Parlamento europeo, ripresa poi nel 2012 (risoluzione n. 2657), secondo la quale «l'omofobia consiste nella paura e nell'avversione irrazionali provate nei confronti dell'omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) sulla base di pregiudizi, ed è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo».

In ogni caso, all'argomento della discriminazione alla rovescia si è obiettato che l'art. 3 Cost. non giustifica discriminazioni irragionevoli e questa non è irragionevole visto che la norma interverrebbe a rafforzare la tutela in presenza di situazioni di vulnerabilità soggettiva<sup>25</sup>.

Il richiamo alla vulnerabilità soggettiva dell'omosessualità, sulla quale come dirò oltre, nutro riserve, viene però addotto anche da chi dà una lettura diversa dell'argomento della discriminazione alla rovescia, affermando che il trattamento privilegiato degli omosessuali rappresenterebbe un ridimensionamento della dignità umana dell'omosessuale, rischiando di connotare in termini di parziale incapacità il valore della persona<sup>26</sup>. In tal modo, la vulnerabilità della condizione di omosessuale assume

21 M. Ronco, *Legge contro l'omofobia è una violazione della libertà*, in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-legge-contro-lomofobia-e-una-violazione-della-liberta-6835.htm>.

22 M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto*, cit., p. 126.

23 G. Riccardi, *Omofobia e legge penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 20.

24 Esclude problemi di violazione del principio di precisione E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 31; analogamente L. Morassutto, *La legge contro l'omofobia e la transfobia*, cit.

25 E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 26.

26 G. Riccardi, *Omofobia e legge penale*, cit., 20.

il volto ambiguo di un Giano bifronte, capace di supportare argomentazioni divergenti: da un lato la vulnerabilità dell'omosessualità come fattore giustificativo di un intervento penale connotato in termini di specialità; dall'altro la vulnerabilità soggettiva come prodromo per la svalutazione della dignità stessa della persona, una dignità depotenziata proprio dalla sua vulnerabilità.

## 5. Le critiche alla L. n. 654/1975

Credo che nessun penalista potrebbe negare che la L. n. 654 del 1975 costituisca una delle zone di confine del diritto penale, considerati gli innumerevoli profili problematici che la disciplina presenta.

Anzitutto, rispetto ad alcune condotte incriminate è fragile il confine tra norma penale e libertà di manifestazione del pensiero<sup>27</sup>, perché la legge del 1975 prevede la punibilità della condotta istigatoria anche se non accolta, in deroga al principio generale dell'art. 115 c.p. che sancisce la non punibilità dell'istigazione a commettere un reato, se poi il reato non sia commesso dal soggetto istigato; soprattutto attribuisce rilevanza alla propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (questa specifica fattispecie, come ho già chiarito, non è oggetto di estensione nel disegno di legge n. 1052).

In secondo luogo la legge estende la rilevanza penale a forme di aggregazione collettiva, al di là dell'associazione, comprendendo, più genericamente, organizzazioni, movimenti o gruppi che si propongono programmi di incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi etnici, razziali, nazionali o religiosi<sup>28</sup>. Rispetto a queste altre forme di azione collettiva i problemi di determinatezza che già presentano i reati associativi si amplificano<sup>29</sup>.

Perplessità solleva anche la disciplina sanzionatoria prevista dalla L. n. 654/1975: è irragionevole la previsione di identici limiti edittali per fatti significativamente diversi (istigare ad atti discriminatori non equivale a commettere atti discriminatori; istigare alla violenza non è commettere un atto di violenza); la pena accessoria del lavoro di pubblica utilità, proprio per i particolari contenuti che la stessa può presentare (la prestazione di attività lavorativa per opere di bonifica e restauro degli edifici danneggiati, con scritte, emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3 della L. n. 654/1975; lo svolgimento di lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, comprese quelle che operano nei confronti degli extracomunitari, si muove nella logica simbolica della riaffermazione dei valori offesi, ma rischia anche di essere disfunzionale alla stessa funzione rieducativa della pena: «è ben difficile supporre che una siffatta riaffermazione in chiave "simbolica" di determinati valori — accompagnata dall'irrogazione di una misura volta ad imporli in forma "coattiva" ai responsabili della violazione — possa effettivamente costituire un motivo idoneo a spingere costoro verso una differente "scelta di campo": se questa non era già maturata nel corso dell'esecuzione della pena principale, è quantomeno improbabile che l'infrazione di una condanna ulteriore in funzione puramente "esemplare" possa rappresentare, in effetti, la migliore premessa per un eventuale "ravvedimento", o, comunque, per un positivo atteggiamento di disponibilità da parte di questi ultimi al rispetto di tali valori»<sup>30</sup>.

Tuttavia, prova troppo argomentare che le perplessità che tale legge solleva, sul piano sia della struttura delle fattispecie incriminatrici sia della risposta sanzionatoria, costituiscono un ostacolo a proporre la sua estensione agli atti di discriminazioni o di violenza fondati su ragioni omofobiche<sup>31</sup>. Prova troppo, perché non ci furono particolari obiezioni quando la L. n. 205/1993 estese la tutela penale alle condotte discriminatorie fondate su ragioni religiose o nazionali. *Nulla quaestio*, pertanto, se si decidesse di abbandonare del tutto la via della tutela penale specifica in relazione ai reati motivati da ragioni discriminatorie per motivi religiosi o nazionali; non è invece giustificato mantenere la legge del 1975,

27 S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, 1997, p. 99 ss.

28 Sulla estensione nel 1993 del riferimento ai movimenti ed ai gruppi e sulle interpretazioni di tali locuzioni, v. E. M. Ambrosetti, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa contro la discriminazione razziale*, in *Indice penale*, 2006, 1022, 1031.

29 Si vedano le osservazioni critiche di G.A. De Francesco, *Art. 1, Commento al D.L. 26/4/1993, n. 122*, cit., p. 190.

30 G.A. De Francesco, *Art. 1*, cit., p. 198. Ne valuta, invece, positivamente il significato simbolico di riaffermazione dei valori offesi E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., 37, anche se, in ragione della scarsa effettività delle varie forme di pena-lavoro già presenti nel sistema penale, prevede che anche in questo caso la pena sia «destinata a vivere soltanto sulla carta».

31 In tal senso v. invece G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 34 ss.



così come ampliata nel 1993, ed opporsi ora alla sua estensione ai fatti fondati sulla omofobia o sulla transfobia<sup>32</sup>.

## 6. Argomenti contrari alla introduzione di una circostanza aggravante speciale

Il disegno di legge n. 1052 propone di estendere ai reati fondati sull'omofobia o sulla transfobia la circostanza aggravante ad effetto speciale (con aumento della pena sino alla metà e con uno speciale regime di blindatura parziale del giudizio di bilanciamento) prevista dall'art. 3 L. n. 205/1993, applicabile ai reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo, se commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso<sup>33</sup>. Si obietta che tale estensione sarebbe inutile, in quanto ai reati commessi per motivi omo/transfobici sarebbe già applicabile l'art. 61, n. 1 c.p. che prevede la circostanza aggravante dei motivi abietti o futili; di tale circostanza verrebbe anche proposta una interpretazione costituzionalmente orientata, sostenendo che abietta, ossia capace di generare disprezzo e disgusto, è l'aggressione omofobica, in quanto il reato sarebbe fondato sul disconoscimento del principio di uguaglianza<sup>34</sup>.

Ebbene, a mio avviso, richiamare la presenza nel sistema dell'art. 61, n. 1 c.p. costituisce un argomento debole e contraddittorio. Si tratta di un argomento debole, perché la giurisprudenza afferma che tale aggravante va accertata secondo le valutazioni medie della collettività in un certo momento storico, ma non si può dire che l'accettazione dell'omosessualità costituisca un valore acquisito dalla comunità sociale italiana in questo momento storico, tanto che non pare che la giurisprudenza abbia applicato l'art. 61, n. 1 c.p. alle aggressioni omofobiche<sup>35</sup>.

L'argomento è anche contraddittorio. Sulla questione dell'introduzione di una circostanza aggravante del reato a motivazione omo/transfobica o si è favorevoli (salvo discuterne struttura e disciplina) o si è contrari: è invece contraddittorio argomentare contro l'introduzione di una aggravante, per poi recuperare lo stesso disvalore all'interno di un'altra aggravante presente nel sistema. Se si ritiene che il disvalore del reato non muti in presenza della motivazioni omofobica, in omaggio ad una interpretazione rigida del principio di offensività, così rigida da vanificare l'incidenza che può avere il giudizio di rimproverabilità sul trattamento sanzionatorio, allora non è attraverso l'art. 61, n. 1 c.p. che può essere recuperata la rilevanza penale del movente.

Contro l'estensione della circostanza aggravante si è ulteriormente argomentato che l'offesa non cambia in presenza di un movente omofobico ed a conferma si è addotta la sentenza Corte cost. n. 249/2010 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11-bis c.p.): così come il disvalore del reato non muta, se a commetterlo sia uno straniero, regolare o irregolare, o un cittadino italiano, allo stesso modo — si afferma — il disvalore del reato rimane invariato se la motivazione che lo sorregge è di tipo omo/transfobico<sup>36</sup>. Anche questo argomento a mio parere non è fondato. Ha avuto ragione la Corte costituzionale nell'affermare che quell'aggravante era espressione di un diritto penale d'autore che dava rilevanza ad uno *status* personale (irregolarità amministrativa) del tutto sganciato dall'offesa al bene tutelato<sup>37</sup>, ma è sbagliato estendere questo argomento rispetto al movente omofobico: a differenza dell'aggravante della clandestinità, tutta polarizzata sull'autore e sul suo *status*, rispetto ai reati fondati su ragioni omofobe non rileva lo *status* del soggetto agente (l'omofobo), ma l'offesa arrecata che, se motivata da ragioni omofobiche, assume un disvalore ultroneo rispetto a quello proprio del reato commesso: accanto all'offesa ai singoli beni offesi dal reato commesso (incolumità fisica, interessi patrimoniali, libertà di autodeterminazione sessuale, etc...) viene in rilievo attraverso la motivazione omofobica la violazione del rapporto di riconoscimento

32 M. Gattuso, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013.

33 Per un commento v. G.A. De Francesco, *Art. 3, Commento al D.L. 26/4/1993, n. 122*, in *La legislazione penale*, 1994, p. 211 ss.

34 G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 46 ss.; M. Ronco, *Legge contro l'omofobia*, cit.

35 Critici E. Dolcini, *Omofobi*, cit., p. 13 ss.; L. Morassutto, *La legge contro l'omofobia e la transfobia*, cit.

36 G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 42.

37 M. Pelissero, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2010, 147 ss.

che deve essere garantito a tutti i consociati<sup>38</sup>. L'aggressione omofobica non può essere letta né come espressione di un diritto penale d'autore (punire di più l'omofobo in quanto tale), né come espressione di una mera gradazione della colpevolezza per il fatto commesso. È il disvalore oggettivo del fatto ad essere diverso, perché «le ferite che devastano quei volti non sono prodotte da parole: ed esprimono qualcosa di più e di diverso da un'offesa all'integrità fisica»<sup>39</sup>.

In ogni caso, dare rilevanza al movente non significa dare rilevanza a qualsiasi soggettivismo, in quanto, come ha affermato la Corte di cassazione nei casi in cui ha avuto modo di pronunciarsi sull'aggravante di cui all'art. 3 L. n. 205/1993, è necessario che la motivazione si traduca in elementi del fatto che rendano esternamente percepibile il movente<sup>40</sup>: si richiede che l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca risulti intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno il sentimento di odio<sup>41</sup>.

## 7. Quale bene giuridico tutelare?

La valutazione sugli spazi di intervento del sistema penale deve dunque andare al centro del problema, considerando l'offesa insita nella discriminazione o nel reato motivato da ragioni omofobiche. Dobbiamo chiederci se tale offesa giustifichi l'intervento penale.

La ratio di tutela che sta alla base delle leggi n. 654/1975 e n. 205/1993 si è mossa tra due poli<sup>42</sup>. Da un lato, si è tradizionalmente addotta la tutela dell'ordine pubblico, in quanto la norma penale repressiva degli atti discriminatori avrebbe lo scopo di prevenire atti di violenza: la discriminazione prepara il terreno culturale che favorisce lo sviluppo di forme di violenza a sfondo discriminatorio o sviluppa reazioni violente da parte delle vittime degli atti discriminatori. Dall'altro lato, entra in gioco la tutela della dignità della persona<sup>43</sup>, come emerge anche dalla giurisprudenza che si è pronunciata sulle ragioni di discriminazione razziale o etnica. Penso in particolare al processo nei confronti di alcuni appartenenti alla Lega nord per la campagna contro gli zingari ed alle sentenze di condanna pronunciate dai giudici di merito e confermate dalla Corte di cassazione, nelle quali si è passati dalla tutela dell'ordine pubblico (nella sentenza di primo grado) alla tutela della dignità personale, che trova fondamento negli artt. 2 e 3 Cost.<sup>44</sup>. Ritengo che sia più corretto riportare alla dimensione personalistica la ratio della tutela penale delle norme penali a carattere discriminatorio.

Anzitutto, l'ordine pubblico non ha mai dato buona prova di sé come bene giuridico da tutelare, perché ha finito per essere un abito buono per tutte le stagioni nel legittimare norme penali, specie se letto in chiave soggettiva come percezione della situazione di pericolo, perché è su questa base che si sono avviate le politiche penali securitarie<sup>45</sup>. In secondo luogo, spostare l'oggetto della tutela sulla dimensione personalistica si conforma alla necessità di una lettura delle norme penali alla luce del quadro dei valori costituzionali, che sollecitano una rilettura dei beni giuridici in chiave personalistica.

38 Evidenza questa ratio di tutela nelle disposizioni penali della L. n. 654/1975 L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Diritti fondamentali e tutela penale*, Riondato (a cura di), Padova, Cedam, p. 135. Sulla negazione del riconoscimento a base delle disposizioni penali contro le discriminazioni, v. K. Seelmann, *La tutela della dignità umana: garanzia di status, divieto di strumentalizzazione, oppure divieto di umiliare?*, in *Ragion Pratica*, 2012, p. 45 ss.

39 E. Dolcini, *Omofobi*, cit., 31; M. Gattuso, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit.

40 Sugli orientamenti della giurisprudenza v. L. Ferla, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1455 ss.; S. D'Amato, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in *Critica del diritto*, 2006, p. 384 ss.

41 Corte di cassazione, sez. V, sentenza del 9 luglio 2009, in *Cassazione penale*, 2010, p. 3832.

42 L. Picotti, *Istigazione e propaganda*, cit., p. 132 ss. Sui beni possibile oggetto di tutela v. anche A. Tesaro, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 54 ss.

43 G.A. De Francesco, *Art. 1*, cit., p. 194; E. M. Ambrosetti, *Beni giuridici tutelati*, cit., 1022.

44 Su questa vicenda v. C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 193 ss.; L. Picotti, *Diffusione di idee «razziste» ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, p. 395 ss.

45 Sulle diverse accezioni di ordine pubblico v. G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, Giuffrè, 1988; S. Moccia, *Ordine pubblico (Disposizioni a tutela del)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, Roma, Treccani, 1990, p. 1 ss.

Non possono, tuttavia, essere trascurate le critiche a cui va incontro la dignità umana come possibile oggetto di tutela penale<sup>46</sup>. Si afferma, infatti, che si tratterebbe di un bene eccessivamente indeterminato e ad alto contenuto simbolico ed emozionale; un bene insaziabile, un po' come tutti i diritti umani di cui la dignità è parte, perché il richiamo ad un bene così importante, dotato anche di una forte carica evocativa ed empatica, rischia di giustificare qualsiasi norma penale finalizzata alla sua tutela, fungendo da «bene ricettacolo dei sentimenti di panico morale o delle reazioni emotive sgradite»<sup>47</sup>; si teme un azzeramento della discussione rispetto al possibile bilanciamento con contro-interessi confliggenti con il macro-bene (ad es. la libertà di manifestazione del pensiero)<sup>48</sup>. La dignità umana vista come «asso pigliatutto», come «arma che uccide la discussione»<sup>49</sup>, come bene *ominibus* in grado di fornire copertura a tutte le fattispecie penali<sup>50</sup> e di affermare un suo primato violento con totale arretramento degli interessi in competizione<sup>51</sup>.

È indubbio che alcuni beni giuridici presentino carattere indeterminato, specie quando si tratta di beni sovra-individuali (ad es. ordine pubblico, sicurezza pubblica, personalità dello Stato). Allo stesso tempo, qualsiasi interesse meritevole di tutela penale, anche quello che appare il più preciso e definito e tradizionalmente presidiato da norme penali, presenta imprescindibili elementi di incertezza una volta calato nella costellazione dei singoli casi che evidenziano la duttilità dei confini della tutela penale: il bene vita, granitico interesse tutelato dal diritto penale, non ha forse cominciato a vedere smussata la rigidità ed ampiezza della sua tutela a fronte del riconoscimento dell'altrettanto fondamentale principio di autodeterminazione dell'individuo in ordine alle proprie cure? l'integrità fisica non è stata forse rivisitata in termini di benessere psico-fisico insofferente ai limiti fissati dall'art. 5 c.c.? il bene patrimonio, che appare così tangibile, quasi da confondersi con gli oggetti materiali sui quali cade la condotta del soggetto, non è stato assoggettato ad una rilettura in chiave personalistica con ciò che ne consegue anche nella interpretazione delle singole fattispecie incriminatrici?

A volte, in effetti, la dignità umana più che un bene meritevole di tutela penale, sembra rappresentare una sorta di macro-categoria in grado di includere al suo interno interessi più specifici: talvolta questi interessi sono tali da non assurgere a legittimo oggetto della tutela penale, ma proprio grazie al volano improprio della dignità umana assurgono ad oggetti della tutela penale; non mi pare, però, che questo si verifichi in relazione agli atti di discriminazione o ai reati fondati su motivi di omo/transfobia, rispetto ai quali la dignità umana può essere oggetto di specificazione che ne permette l'assunzione ad oggetto della tutela<sup>52</sup>.

Nell'omo/transfobia l'offesa alla dignità umana<sup>53</sup> si specifica nella violazione del rapporto di riconoscimento che deve essere assicurato a tutti consociati, ossia il riconoscimento del soggetto come individualità dotata di autonomia, quale presupposto per il suo sviluppo nel contesto di una comunità di uguali<sup>54</sup>. Gli atti di discriminazione e i reati motivati dall'orientamento sessuale della vittima rappresentano un ostacolo al pieno riconoscimento di tale rapporto, tanto più grave perché si rivolge contro un modo di essere della vittima. Talvolta, un'aggressione al modo di essere della vittima si nasconde dietro una discriminazione indiretta che attacca i comportamenti della vittima più che il suo modo di essere: non è altro che l'estensione alla discriminazione nei confronti degli omosessuali del mutamento delle logiche di esclusione e ghettizzazione del razzismo, che da razzismo biologico si è trasformato in razzismo culturale, come razzismo differenzista che non guarda più alla razza come fattore biologico,

46 Critico G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 13 ss.

47 G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 78.

48 Sulla base del principio di bilanciamento la Corte di cassazione, sezione terza, sentenza del 7 maggio 2008, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3022 ha stabilito, proprio in relazione alla discriminazione razziale, che l'art. 21 della Costituzione non ha valore assoluto, ma va coordinato con altri valori costituzionali di pari rango, quale quello fissato dall'art. 3 della Costituzione.

49 C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista*, cit., 201.

50 A. Tesauero, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3.

51 A. Tesauero, *ivi*, p. 23.

52 Sulla necessità che la dignità umana, per essere tutelata, debba essere concretizzata in beni ed interessi più tangibili, v. C. Roxin, *Was darf der Staat unter Strafen stellen? Zur Legitimation von Sytrafandrohung*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 722 ss.

53 M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto*, cit., p. 119.

54 A. Tesauero, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 74.

ma ai comportamenti, considerati “differenti” in modo “anomalo”<sup>55</sup>: così come è anomala la differenza dello zingaro per il suo stile di vita, così è anomala la diversità dell’omosessuale nelle modalità di esprimere l’affettività, la sessualità, il comportamento. Proprio per effetto di questa lettura evolutiva del razzismo, il Parlamento europeo ha definito l’omofobia una «paura e avversione irrazionali nei confronti dell’omosessualità e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all’antisemitismo e al sessismo» (risoluzione 2012/2657)<sup>56</sup>.

Il richiamo al rapporto di riconoscimento consente di valorizzare il significato della dignità umana nella sua dimensione sociale. Intendo dire che la dignità umana non rileva qui nei termini della percezione soggettiva che ognuno ha della propria dignità: in tal senso la dignità assumerebbe una dimensione eccessivamente personalizzata. Al contempo, però, ritengo che la dignità non debba qui assumere una dimensione di dignità sociale di gruppo<sup>57</sup>: la tutela penale non si rivolge cioè al gruppo in quanto tale, per quanto altri omosessuali possano provare un sentimento di empatia con la vittima degli atti discriminatori o del reato a motivazione omofobica (peraltro è la stessa esistenza di un “gruppo” omosessuale a non essere sociologicamente fondata, così come non esiste un “ambiente” omosessuale come spesso riporta la stampa).

Quando mi riferisco alla dignità sociale intendo fare riferimento alla dimensione intersoggettiva della persona, alla quale devono essere assicurati gli strumenti per poter esprimere la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali nelle quali si colloca.

La lesione del rapporto di riconoscimento che sta alla base del movente omofobico presenta una potenzialità di danni assimilabili a quelli prodotti dal razzismo<sup>58</sup>: danni individuali diretti (depressione e disistima nelle persone; induzione ad atti di violenza contro gli omosessuali o da parte di omosessuali, come reazione all’aggressione subita); danni sociali indiretti (il c.d. *silent effect*, ossia il fatto che la sottoposizione di un gruppo a continui attacchi può avere come effetto indurre la vittima al silenzio; la discriminazione opera come una sorta di inquinamento acustico, un rumore di fondo che crea un ambiente ostile o quantomeno di forte diffidenza)<sup>59</sup>.

Valorizzare la dimensione offensiva del rapporto di riconoscimento consente anche di superare un argomento spesso utilizzato per giustificare l’introduzione di norme specifiche contro l’omofobia: quello della vulnerabilità dell’omosessualità.

Non potrebbe essere data rilevanza al particolare disvalore insito nelle aggressioni omofobiche attraverso la circostanza aggravante della minorata difesa, che prevede un aumento della pena sino ad un terzo se l’autore del reato ha «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa» (art. 61, n. 5 c.p.). L’omosessualità non fonda alcuna condizione di minorata difesa, figlia dello stereotipo eterosessuale dell’omosessuale come soggetto “debole” e incapace di difendersi adeguatamente. L’omosessuale non è equiparabile alla persona anziana che viene aggredita o a chi è aggredito di notte in un luogo isolato dove è più difficile chiedere aiuto (tanto per richiamare due casi che rientrano nell’ambito di applicazione di questa aggravante). Certo tale circostanza troverà applicazione anche alle aggressioni agli omosessuali, ma solo se l’omosessuale è anziano, solo se l’omosessuale viene aggredito in un luogo isolato; ma allora in queste situazioni non è l’omosessualità in sé, ma la condizione personale (anzianità) o di contesto (luogo isolato) a fondare il particolare disvalore dell’aggravante<sup>60</sup>. Il richiamo alla vulnerabilità dell’omosessuale per giustificare l’estensione dell’aggravante della minorata difesa alle aggressioni omo/transfobiche sottenderebbe un argomento inconsapevolmente discriminatorio.

Talvolta, invece, in una diversa prospettiva, la condizione di vulnerabilità viene addotta per giustificare la ragionevolezza di una tutela penale differenziata, in quanto è ragionevolmente fondata sulla maggiore vulnerabilità degli omosessuali vittime di aggressioni omofobiche, che — come dicevo innanzi — collocano queste aggressioni fondate sulla discriminazione subito dopo quelle fondate sulla razza.

55 A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 180; L. Picotti, *Istigazione e propaganda*, cit., p. 121; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, 148; Id., *Il reato di propaganda razzista*, cit., p. 196-197.

56 L. Morassutto, *La legge contro l’omofobia e la transfobia*, cit.

57 Per l’attribuzione di una dimensione sociale alla dignità personale da intendere riferita ad un gruppo, v. invece L. Morassutto, *le persone con le lentiggini*, in *Questione giustizia*, 2013, p. 62 ss.

58 G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2008, p. 291 considera, in relazione al discorso razzista, «sostanzialmente equivalenti ... i problemi posti dall’appartenenza a gruppi razziali o etnici, religiosi, culturali, o basati sull’appartenenza di genere o sugli orientamenti sessuali».

59 G. Pino, *ivi*, p. 296 ss.

60 G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 49.



Ora, credo che la giustificazione della estensione dell'ambito di applicazione delle norme penali proposta dal disegno di legge n. 1052 ai fatti motivati da omofobia o da transfobia non debba passare attraverso il presupposto del riconoscimento della condizione di vulnerabilità della omosessualità. Deve essere completamente rivoltata la lettura del disvalore del fatto dell'aggressione omofobica: fondare la ragione dell'intervento penale sulla maggiore vulnerabilità nella vittima significa sbilanciare la riflessione sulla vittima, mentre ritengo che debba essere considerato il maggior disvalore insito nell'aggressione di stampo omofobico: «è l'omofobia del boia e non l'omosessualità della vittima che deve diventare oggetto di stigmatizzazione e di sanzione giuridica»<sup>61</sup>.

## 8. Omofobia e criteri di politica criminale

Appurato che sussiste un interesse meritevole di tutela penale, è necessario chiederci se siano rispettati i criteri di politica criminale che dovrebbero governare un razionale intervento (proporzionalità, sussidiarietà ed efficacia della norma penale).

Il rapporto tra omosessualità e diritto penale condivide la complessità delle questioni bioetiche, sia che la discussione verta sulla rilevanza penale dei rapporti omosessuali, sia che si tratti di contrasto all'omofobia. In questi ambiti i criteri di politica criminale di proporzione, sussidiarietà ed efficacia della norma penale, che sono criteri valutativi, pregni di valutazioni politiche, appaiono di applicazione ancora più incerta, diventando uno strumento facilmente manipolabile, ora da parte del liberalismo penale ora da parte del paternalismo giuridico, portatori di opposte opzioni morali che condizionano le scelte del diritto penale.

Questi criteri vengono adottati a sostegno della esclusione o della forte contrazione del diritto penale rispetto al tema dell'omofobia, sul presupposto che si rischia una contrazione sproporzionata della libertà di manifestazione del pensiero rispetto all'obiettivo di tutela della dignità della persona omosessuale; a ciò si aggiunge che la tutela penale sarebbe inefficace, perché l'omofobia si combatte sul piano culturale attraverso strumenti di prevenzione della stessa e di diffusione del principio di uguaglianza; il diritto penale si ridurrebbe ad un diritto penale puramente simbolico, incapace di perseguire effettivamente gli scopi di tutela che sono obiettivo della norma.

Ritengo che non possa essere sopravvalutato l'argomento della inefficacia del controllo penale per non giustificare l'intervento penale a tutela di beni personali<sup>62</sup>, non solo perché, in generale, portando sino in fondo tale argomento si rischia di giustificare prospettive radicalmente abolizioniste del diritto penale (che dire della inefficacia del diritto penale nella prevenzione dei furti o della corruzione?), ma soprattutto perché l'argomento della (presunta) inefficacia della norma penale appare davvero poco spendibile in assenza di studi empirici che ne dimostrino la fondatezza. Semmai si potrebbe obiettare *a contrario* che proprio l'inefficacia che gli altri strumenti di orientamento sociale hanno mostrato potrebbe giustificare l'intervento penale<sup>63</sup>.

Il principio di politica criminale che insiste sulla efficacia del diritto penale come sua condizione di legittimazione ha maggior presa quando si ha a che fare con la tutela di beni sovra-individuali (es. limiti della tutela penale nell'ambito dei reati politici) o a forte contenuto tecnocratico (es., ambiente); quando vengono in considerazione interessi personali, meritevoli di tutela penale, trincerarsi dietro la presunta inefficacia del diritto penale per giustificare il mancato intervento rischia di diventare argomento troppo debole.

Si potrebbe obiettare che la tutela penale sarebbe addirittura controproducente, perché la criminalizzazione rischierebbe di far apparire l'omofobo un martire della libertà di manifestazione del pensiero. Qui non si tratta di criminalizzare chi propaga idee contrarie al riconoscimento di certi diritti civili agli omosessuali, perché, in modo che a me pare del tutto equilibrato, il disegno di legge n. 1052 prevede come ho già chiarito un intervento di estensione della legge sulla discriminazione razziale negli stessi limiti in cui la tutela è assicurata contro la discriminazione per motivi nazionali o religiosi.

In senso contrario all'intervento penale si afferma che il diritto penale assumerebbe carattere pro-mozionale<sup>64</sup>. In effetti, il relatore al disegno di legge n. 925 (Scalfarotto) ha dato rilevanza alla funzione

61 D. Borrillo, *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, Bari, Edizioni Dedalo, 2009, p. 121.

62 Valorizza la scarsa efficacia del diritto penale rispetto alle aggressioni a motivazione omofobica G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 52.

63 L. Picotti, *Istigazione e propaganda*, cit., p. 129.

64 G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 20.

promozionale delle norme penali di contrasto all'omofobia, affermando che si tratterebbe di «uno di quei casi in cui la norma penale ha un effetto simbolico e contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità». A questa prospettiva si è puntualmente ribattuto che «la proposta di legge costituisce la via per l'omologazione autoritaria della morale, facendo del relativismo etico un parametro legislativo incontestabile. Non è in gioco, infatti, soltanto la libertà di esprimere giudizi critici sulle pratiche omosessuali, bensì, più radicalmente, la libertà di manifestare il proprio pensiero contro la dittatura del relativismo»<sup>65</sup>.

Il carattere promozionale è stato messo in evidenza dalla dottrina anche in relazione all'impianto delle L. nn. 654/1975 e 205/1993 nel contrasto alla discriminazione razziale ed etnica, affermando che il richiamo alla dignità umana nasconderebbe il vero scopo della disciplina, consistente nella promozione penalistica della società multiculturale in ossequio all'art. 3, comma 2, Cost. ed ai principi che presiedono alla costruzione dell'Unione europea<sup>66</sup>.

Se per diritto penale promozionale intendiamo il ricorso alla norma penale per imporre il rispetto di interessi non condivisi dalla comunità, allora norme che avessero questo obiettivo rivelerebbero il volto autoritario di un regime. Credo però che sia sbagliato leggere nel disegno di legge in discussione vuoi un programma di educazione alla modernità vuoi l'imposizione di una «omologazione autoritaria della morale»: se leggiamo la legge in questi termini ci troveremo sempre di fronte a quello che Huntington chiamerebbe «Scontro di civiltà».

A me pare che una estensione della legge del 1975 nei limiti proposti dal disegno di legge n. 1052 trovi legittimazione nel rispetto della persona umana, per quello che è, di fronte a condotte che ne negano la dignità sociale in relazione al profilo dell'orientamento sessuale che non è nella disponibilità del soggetto. Si tratta di garantire il rispetto del principio di uguaglianza<sup>67</sup>. Era forse stato addotto l'argomento della omologazione religiosa nel 1993, quando la legge del 1975 fu estesa, senza troppe obiezioni, alla discriminazione per motivi religiosi?

Le considerazioni sviluppate evidenziano quanto sia illusorio tracciare entro limiti predefiniti le direttrici dell'intervento penale attraverso principi di politica criminale necessariamente aperti che rendono compatibili con la Costituzione diverse opzioni di disciplina: il principio di offensività si scontra con la difficoltà di individuare il bene giuridico e di definirne i limiti della tutela nel bilanciamento con altri interessi meritevoli di considerazione; proporzionalità, sussidiarietà ed efficacia delle norme penali sono direttrici di politica criminale a loro volta condizionate da giudizi politico-valutativi, il cui peso diventa sempre più determinante quanto più il diritto penale tocca campi legati all'etica. Per trovare il punto di equilibrio, più che il richiamo a categorie giuridiche astratte «sarà determinante il contingente modo d'atteggiarsi, nell'ambito del dibattito politico, della interazione tra punti di vista diversi»<sup>68</sup>.

Si tratta piuttosto di verificare la possibilità di prospettare soluzioni plausibili entro un programma complessivo di tutela.

## 9. Soluzioni penali plausibili entro un programma integrato di tutela

L'estensione della disciplina penale proposta dal disegno di legge n. 1052 rappresenta, nel momento attuale, un più che plausibile programma di intervento. Sebbene, infatti, non vi siano obblighi di incriminazione, le sollecitazioni sovranazionali — per quanto contenute in strumenti di *soft law* privi di forza coercitiva — muovono nella direzione di un forte contrasto alle diverse forme di discriminazione, comprese quelle fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere. Nella stessa direzione è chiaramente rivolta la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo che ha progressivamente sancito il contrasto con le garanzie convenzionali delle legislazioni nazionali sul diritto di famiglia con disparità di trattamento per le coppie omosessuali<sup>69</sup> e che nel 2012 ha espressamente legittimato la

65 M. Ronco, *Legge contro l'omofobia*, cit.; analogamente G. Riccardi, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 55 evidenzia il rischio dell'«affermazione, per via penale, di una nuova "etica"», di «un'opera di "rimodellamento" culturale della morale collettiva».

66 C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista*, cit., 205.

67 Valorizza il principio di uguaglianza nella interpretazione della disciplina contro il razzismo, L. Picotti, *Istigazione e propaganda*, cit., 134.

68 G. Fiandaca, *Sul bene giuridico*, cit., 143.

69 Su questi indirizzi v. F. Pesce, *Mutamento di genere*, cit., p. 85 ss.; C. Brignone, *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v. Grecia*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo, 2013.

limitazione della libertà di manifestazione del pensiero in relazione ai discorsi di odio omofobico<sup>70</sup>. In questo contesto è del tutto ragionevole il potenziamento del controllo penale rispetto ad atti di discriminazione e reati commessi per motivi legati all'orientamento sessuale della vittima: una estensione della legge contro la discriminazione razziale, etnica, nazionale e religiosa non potrebbe dunque essere giudicata radicalmente incostituzionale<sup>71</sup>.

Credo però anche che la plausibilità dell'estensione delle leggi del 1975 e del 1993, nei termini proposti dal disegno di legge, alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale della vittima sarebbe rafforzata se si procedesse anche a rivedere alcune norme contenute nella disciplina attuale, al fine di superare i dubbi di legittimità costituzionale. Ne indico alcuni: sarebbe necessario rivedere la formulazione dell'art. 1, lett. a) L. n. 645/1975 per conformarlo alla decisione-quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale che fa riferimento, non alla propaganda, ma all'"istigazione pubblica alla violenza o all'odio"; se si mantiene la fattispecie di atti di discriminazione (non richiesta dalla decisione quadro citata), andrebbe limitata la punibilità ai soli atti di discriminazione, escludendo la rilevanza penale della semplice istigazione che oggi viene punita anche se non accolta; sarebbe opportuno eliminare il riferimento ad organizzazioni, movimenti e gruppi, che non garantiscono il rispetto del principio di determinatezza, e limitare l'art. 3 della L. n. 654/1975 al solo fatto associativo. Quanto, invece, alla circostanza aggravante di cui all'art. 3 L. n. 205/1993, dovrebbe essere eliminata la rigidità della procedibilità d'ufficio che accentua la pubblicizzazione dell'interesse tutelato in distonia con la dimensione personalistica propria di tale circostanza, che esprime il particolare disvalore insito nell'offesa alla dignità umana della vittima. Il lavoro di pubblica utilità andrebbe previsto non come pena aggiuntiva, ma semmai come sanzione sostitutiva della pena detentiva, evitando che la pena si carichi del simbolismo del contrappasso e della vendetta, del tutto incapace di preconstituire un clima favorevole alla rieducazione dell'autore del fatto.

L'ingresso nel sistema penale di norme specifiche contro l'omofobia va in ogni caso inquadrato all'interno di un complessivo programma di tutela.

Ha ragione Andrea Pugiottio quando scrive che per contrastare l'omofobia servono interventi preventivi, volti favorire il rispetto della diversità e del principio di uguaglianza<sup>72</sup>. Ha ragione: è su questo terreno che devono intervenire le agenzie educative (rappresentano un segnale non tranquillizzante le invettive critiche di associazioni e gruppi sulle campagne antidiscriminazione e la tiepidezza del Governo). Solo combattendo l'omofobia sul piano culturale si allenta il *silent effect* dei discorsi discriminatori, abbattendo o più realisticamente riducendo quel rumore di fondo che crea un ambiente ostile o quantomeno di diffidenza che fa da sfondo agli episodi di violenza.

Le norme penali di contrasto all'omofobia si rafforzerebbero se fossero inserite all'interno di una più ampia politica di intervento preventivo di contrasto alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e, più in generale, alla diversità, con specifici interventi nelle scuole. La prevenzione però passa anche, e direi soprattutto, attraverso un più ampio riconoscimento dei diritti individuali e sociali: laddove questi diritti sono negati, si attua una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Ha scritto Bobbio che i diritti non nascono tutti in una volta; nascono quando devono e possono nascere. Talvolta nascono per via legislativa, quando matura la consapevolezza della loro necessità da parte delle forze politiche; altre volte, a fronte dell'immobilismo legislativo, sono riconosciuti per via giurisprudenziale, specie in ambito bioetico. Il contrasto all'omofobia, sia sul versante preventivo che su quello repressivo, non può che avvenire per via legislativa ed è sperabile che anche per via legislativa si potenzino i diritti individuali e sociali che oggi sono negati per ragioni di orientamento sessuale: su questo terreno si giocherà la modernità del Paese<sup>73</sup>. Quanto più i diritti saranno riconosciuti, tanto più il clima culturale sarà meno discriminatorio e, forse, potremmo un giorno consegnare alla storia tutte queste nostre riflessioni: non elimineremo di certo l'omofobia — patologia sociale che non ha eliminata nemmeno la moderna e aperta Svezia, come dimostra il caso *Vejdeland contro Svezia* — ma il mutamento del clima culturale marginalizzerà i reati a motivazione omofobica e marginalizzerà anche l'intervento del diritto penale, rendendolo, chissà, alla fine inutile.

70 Corte Edu, 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia*.

71 Condivido la posizione assunta da C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista*, cit., 212 quando afferma: «Ora, può darsi che il reato di propaganda razzista non abbia tutti i crismi di una "risposta ragionata, articolata, intelligente": ma non per questo potremmo giudicarlo radicalmente incostituzionale».

72 A. Pugiottio, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.

73 C. Brignone, *Dignità e diritti degli omosessuali*, cit., p. 8.

Luca Imarisio\*

## Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto

### Sommario

1. Premessa – 2. “Omofobia” e “orientamento sessuale” nel panorama sovranazionale e comparato – 3. Tutela simmetrica e tutela asimmetrica nei progetti di legge in discussione presso il Parlamento italiano – 4. Tutela asimmetrica e principio costituzionale di eguaglianza – 5. Se orientamento sessuale e identità di genere restano nozioni (giuridicamente) “indicibili”

### Abstract

Il lavoro analizza le problematiche legate alla struttura del disegno di legge S. 1052 (Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia) ed evidenzia, in particolare, le criticità legate alla scelta di escludere ogni riferimento all'orientamento sessuale e all'identità di genere della vittima di crimini d'odio quali beni tutelati da tale normativa, focalizzandosi esclusivamente sul movente omofobico o transfobico dell'agente: tale scelta appare anomala in prospettiva comparatistica e, dando luogo ad una tutela asimmetrica, espone la disciplina a maggiori tensioni in relazione all'operatività del principio costituzionale di eguaglianza.

*This paper analyzes the issues related to the structure of legislative proposal S. 1052 (provisions against homophobia and transphobia), under discussion before the Italian Parliament, and highlights, in particular, the critical issues related to the choice not to use the terms “sexual orientation” and “gender identity” of the victim of hate crimes, referring instead only to homophobic or transphobic motives of the offender: this seems unusual in a comparative perspective and leads to an asymmetrical protection, exposing the discipline to greater tensions in relation to the constitutional principle of equality.*

### 1. Premessa

Nel contesto delle riflessioni sul tema della disciplina di contrasto ai crimini motivati dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima, il presente contributo intende svolgere alcune considerazioni relative a taluni peculiari elementi, di carattere in primo luogo strutturale, propri del disegno di legge attualmente in discussione presso il Parlamento italiano, legati soprattutto alla scelta di una repressione “asimmetrica” e unidirezionale di tali crimini.

Il progetto di legge n. 1052, approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati nell'ormai lontano settembre 2013 e da allora giacente presso il Senato della Repubblica (comunemente noto come

\* Associato di Diritto costituzionale, Università di Torino. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.



D.D.L. “Scalfarotto”), già dall’intitolazione, “Disposizioni in materia di contrasto dell’omofobia e della transfobia”, esplicita quello che sarà l’approccio fondamentale, dal punto di vista strutturale, della normativa predisposta: una normativa incentrata sulle nozioni di omofobia e di transfobia, su caratteristiche, dunque, del soggetto autore delle condotte lesive, e che omette, invece, ogni riferimento ad elementi quali l’orientamento sessuale o l’identità di genere, riferibili invece al soggetto offeso.

Si tratta, in effetti, di nozioni strettamente correlate, ove si consideri la definizione di omofobia quale “avversione ossessiva per gli omosessuali e l’omosessualità”<sup>1</sup>, ovvero motivata da uno specifico orientamento sessuale (quello, appunto, omosessuale), individuato dall’agente quale proprio della vittima: tuttavia la scelta di impiegare l’una o l’altra di tali espressioni non risulta indifferente sotto il profilo giuridico e non risulta neutra in una prospettiva di politica del diritto.

## 2. “Omofobia” e “orientamento sessuale” nel panorama sovranazionale e comparato

Volgendo lo sguardo all’orizzonte sovranazionale e comparato, può riscontrarsi come anche in recenti atti formali sovranazionali le due nozioni, di omofobia e di orientamento sessuale<sup>2</sup>, appaiano connesse e complementari, ma collocate su di uno specifico e distinto piano: così, ad esempio, nella risoluzione del 2012 del Parlamento Europeo, intitolata “Sulla lotta all’omofobia in Europa”<sup>3</sup>, si riscontra un riferimento alla nozione di omofobia a livello di premesse, ovvero di ricostruzione del dato sociale da cui muove il concreto bisogno di intervento e di tutela giuridica<sup>4</sup>, ma quando da queste premesse si passa all’espressione di una presa di posizione formale (e giuridicamente formalizzata), la nozione di omofobia è sostituita da quelle di orientamento sessuale e di identità di genere<sup>5</sup> nella definizione del tipo di discriminazioni e di comportamenti da condannare e prevenire. Inoltre si esplicita che la lotta all’omofobia, come più ampio fenomeno sociale e culturale, comporta, sul piano giuridico, oltre che la necessità di intervenire a livello di disciplina penale dei “crimini d’odio”, anche interventi su altri piani, quali, ad esempio, quello connesso al contrasto rispetto a quelle che sono definite “leggi omofobe”<sup>6</sup> e lesive della libertà di espressione delle persone omosessuali e transessuali (quali quelle che in taluni paesi reprimono penalmente fattispecie legate alla “propaganda” dell’omosessualità<sup>7</sup>) o quello connesso alla

- 1 Così in T. De Mauro, *Grande dizionario italiano dell’uso*, UTET, Torino, 2000, 598. Nella risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 2006 (2006/0018) si afferma, similmente, che «l’omofobia può essere definita come una paura e un’avversione irrazionale nei confronti dell’omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all’antisemitismo e al sessismo», osservandosi, altresì, che «l’omofobia si manifesta nella sfera pubblica e in quella privata sotto forme diverse, come le dichiarazioni inneggiati all’odio e l’istigazione alla discriminazione, la ridicolizzazione, la violenza verbale, psicologica e fisica così come la persecuzione e l’omicidio, la discriminazione in violazione del principio di parità, nonché le limitazioni ingiustificate e irragionevoli dei diritti, spesso nascoste dietro motivazioni di ordine pubblico e di libertà religiosa».
- 2 Sulle specificità e sui connotati, anche a livello definitorio, della nozione di omofobia, M. Graglia, *Omofobia, strumenti di analisi e di intervento*, Carocci, Roma, 2012. Sulle basi socioogiche e culturali dell’omofobia, V. Lingiardi, N. Vassallo, *Classificazioni sospette*, in M. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L’orientamento sessuale di fronte alla legge*, ed. it. Milano, Il Saggiatore, 2011, pp. 7 ss.
- 3 Risoluzione 2012/2657 (RSP) del 24 maggio 2012.
- 4 Risoluzione 2012/2657, punto B dei *considerando*, ove si esplicita, in particolare, un’articolata ricostruzione della nozione di omofobia, che riprende e integra quella già delineata nel 2006, specificando l’eventualità di atteggiamenti omofobici celati anche dietro motivazioni fondate sul diritto all’obiezione di coscienza.
- 5 Risoluzione 2012/2657, punto 1 della risoluzione, ove si afferma che il Parlamento Europeo «condanna con forza tutte le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere e deplora vivamente che tuttora, all’interno dell’Unione europea, i diritti fondamentali delle persone LGBT non siano sempre rispettati appieno; invita pertanto gli Stati membri a garantire la protezione di lesbiche, gay, bisessuali e transgender dai discorsi omofobi di incitamento all’odio e dalla violenza e ad assicurare che le coppie dello stesso sesso godano del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società; esorta gli Stati membri e la Commissione a condannare con fermezza i discorsi d’odio omofobi o l’incitamento all’odio e alla violenza nonché ad assicurare che la libertà di manifestazione, garantita da tutti i trattati sui diritti umani, sia effettivamente rispettata».
- 6 Risoluzione 2012/2657, punti 10-12 della risoluzione.
- 7 Risoluzione 2012/2657, punto 13, ove si afferma che il Parlamento Europeo «sottolinea che il termine “propaganda” è raramente definito; è costernato dal fatto che le reti di informazione si sono dimostrabilmente censurate, che i cittadini sono

promozione di più complessive (e socialmente legittimanti) forme di riconoscimento e tutela giuridica dei rapporti di coppia omosessuali<sup>8</sup>. Più recentemente, la risoluzione con cui il Parlamento Europeo nel 2014 è tornato ad esprimersi su tali profili, già dall'intitolazione esplicita, quale elemento fondativo delle discriminazioni connesse al fatto sociale dell'omofobia, "l'orientamento sessuale e l'identità di genere"<sup>9</sup>, mentre nel testo della risoluzione il riferimento alla nozione di omofobia è del tutto assente, lasciando integralmente il posto alla nozione di discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere.

Sempre in ambito europeo, anche nella relazione della *European Agency for Fundamental Rights* del 2009, dedicata a "Omofobia e discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere negli Stati membri dell'Unione europea", si percepisce la necessità di una chiarificazione lessicale e di una distinzione dei diversi concetti, dedicandosi espressamente a ciò un paragrafo introduttivo<sup>10</sup> e specificando che solo per semplificazione del discorso si può utilizzare a scopo riassuntivo la nozione di "omofobia".

Anche nel contesto ONU, gli atti formali adottati rispetto alle problematiche legate all'omofobia e alla transfobia, risultano articolati sulla base delle nozioni di *sexual orientation* e di *gender identity*<sup>11</sup>.

Nel contesto dei paesi che hanno introdotto norme di repressione penale dei crimini d'odio legati a moventi omofobici, si riscontra, egualmente, il generalizzato riferimento alle nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere quali elementi motivanti l'azione criminosa che si intende punire: così è, ad esempio, nel contesto del *Matthew Shepard And James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act* approvato dal Congresso degli Stati Uniti d'America il 22 ottobre 2009<sup>12</sup>; così è in Gran Bretagna, ove nel 2003 si

---

intimiditi e temono di esprimere le proprie opinioni e che le associazioni e le società che utilizzano simboli *gay-friendly*, come gli arcobaleni, possono essere perseguitate». Può solo incidentalmente notarsi come al contrario, nel dibattito sviluppatosi in Italia, l'attenzione si sia focalizzata sui presunti rischi che proprio una normativa di contrasto alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere potrebbe determinare: sul piano normativo tale approccio si è concretizzato nel noto "sub-mendamento Gitti" che ha introdotto nel progetto di legge in discussione una circostanza esimente tale per cui «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni». Per quanto tali profili esulino dall'oggetto delle presenti riflessioni, non ci si può esimere dal convenire con i rilievi critici diffusamente espressi (sul punto, v. M. Gattuso, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013; L. Morassutto, *Omofobia e transfobia: il trucco c'è...e si vede*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013) in relazione a tale previsione, tanto sotto il profilo della sua ridondanza (le condotte poste in essere conformemente al diritto vigente sarebbero già di per sé coperte dalla generale scriminante di cui all'art. 51 del Codice Penale), quanto sotto quello della sua (pessima) tecnica redazionale (l'enunciato "ovvero anche se" appare in effetti privo di significato nella lingua italiana), quanto ancora (e soprattutto) su quello dei rischi di ingenerare incertezze applicative tali, pur nella consapevolezza che il lavoro della magistratura potrà in ogni caso limare certe asprezze interpretative, da depotenziare il complesso della normativa dettata dalle leggi Reale-Mancino (comportamenti oggettivamente discriminatori possono essere considerati di per sé meno gravi qualora posti in essere in forma associata e all'interno di organizzazioni di tendenza anziché individualmente? Un'oggettiva discriminazione, o l'istigazione a compierla, possono ritenersi comunque irrilevanti qualora avvengano "senza violenza e senza odio", ovvero in relazione alle *buone intenzioni* o alle *buone maniere* con cui siano poste in essere?).

- 8 Risoluzione 2012/2657, punto 9 della risoluzione.
- 9 Risoluzione 2013/2183 (INI), del 4 febbraio 2014, "Sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere".
- 10 "Precisioni terminologiche e concettuali", pp. 26 ss. della relazione.
- 11 Si veda il rapporto presentato dall'Alto Commissariato per i Diritti Umani dell'ONU il 17 novembre 2011 (A/HRC/19/41), intitolato *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*. Il rapporto è stato elaborato sulla base della risoluzione del 2011 dell'UNHRC (A/HRC/17/19), intitolata a sua volta *Human rights, sexual orientation and gender identity*, nelle stesse premesse della quale i riferimenti sono unicamente alle nozioni di orientamento sessuale e identità di genere: il Consiglio esprime infatti «grave concern at acts of violence and discrimination, in all regions of the world, committed against individuals because of their sexual orientation and gender identity». La stessa terminologia è impiegata nella più recente risoluzione del 2014 dell'UNHRC (A/HRC/27/32) con cui si richiede all'Alto Commissariato un aggiornamento del precedente rapporto.
- 12 L'atto, che trae il nome da quello di due giovani brutalmente uccisi nel 1998 per motivi di odio omofobico, rispettivamente in Wyoming ed in Texas, estende la disciplina repressiva dei crimini d'odio, già dettata a partire dal 1964 attraverso il *Civil Rights Act*, ai crimini motivati da *sexual orientation* o da *gender identity*. A tale atto hanno fatto seguito una serie di interventi normativi di livello statale. Su tali profili, M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, Il Saggiatore, 2011, p. 113 ss.; L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 2012, p. 7.

riscontra la previsione, ad opera dell'art 146 del *Criminal Justice Act*, di una circostanza aggravante per i reati motivati dall'orientamento sessuale (anche presunto) della vittima, mentre nel 2008, ad opera di una disposizione del *Criminal Justice and Immigration Act*, si procede all'estensione ai crimini motivati dalla *sexual orientation* della vittima della disciplina prevista per i crimini motivati da odio religioso<sup>13</sup>; così è in Francia<sup>14</sup>, ove dapprima la legge n. 239 del 2003 ha previsto una circostanza aggravante per i crimini motivati dall'*orientation sexuelle* della vittima<sup>15</sup>, mentre successivamente, la legge n. 209 del 2004<sup>16</sup> ha emendato una pluralità di disposizioni del Codice penale, stabilendo un'ulteriore serie di aggravanti legate a specifici reati contro la persona o il patrimonio, qualora commessi «à raison de l'orientation ou identité sexuelle de la victime» (nel Codice penale francese è peraltro delineato anche un autonomo reato di discriminazione, configurabile, tra l'altro in ragione dell'orientamento o dell'identità sessuale della vittima<sup>17</sup>); così è in Spagna, dove nel *Código Penal* del 1995<sup>18</sup> gli artt. 510 e 511 puniscono gli atti di discriminazione e di istigazione alla discriminazione ove posti in essere in ragione anche dell'*orientacion sexual* della vittima; così, ancora, è nella legislazione belga (successivamente all'adozione, nel 2007, della legge *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination*) ed in quella svedese (dopo la riforma, nel 2002, del capitolo 16, sezioni 8-9 del Codice Penale)<sup>19</sup>.

Un quadro articolato, nel quale l'attenzione verso la tutela penale contro l'omofobia e la transfobia appare un tratto emergente all'interno dei paesi appartenenti alla tradizione giuridica occidentale (manifestandosi, anzi, come il tratto peculiare dell'attuale fase dei rapporti, storicamente controversi, tra diritto penale e omosessualità<sup>20</sup>) e nel quale pure si confrontano scelte differenti in ordine agli specifici strumenti di contrasto dei crimini a base omofobica o transfobica (previsione di circostanze aggravanti, generiche o riferite a specifiche categorie di reati; configurazione di un autonomo reato di discriminazione; interventi a livello di *hate crimes* ovvero anche di *hate speech*): scelte accomunate però dalla circostanza per cui, nella redazione delle disposizioni normative, la nozione di riferimento è in ogni caso quella di *orientamento sessuale* (spesso unitamente a quella di identità di genere), riservandosi la nozione di *omofobia* alla sola intitolazione dei provvedimenti o al momento della descrizione del fenomeno sociale contingente che fa emergere il bisogno di intervento normativo.

Tale rilievo non presenta una valenza solo lessicale, in quanto si connette alla natura giuridica delle tutele apprestate e, in particolare, alla specifica declinazione del principio di eguaglianza che l'ordinamento accoglie. Un intervento rivolto esclusivamente alla repressione dei crimini d'odio e dei comportamenti discriminatori motivati dall'omofobia dell'agente, ovvero dalla sua ossessiva avversione verso le persone e i comportamenti omosessuali, configurerebbe una *tutela asimmetrica*, rendendo una categoria di soggetti diversamente tutelata dal diritto in ragione di una specifica e soggettiva declinazione di un tratto caratterizzante la propria individualità, quale è l'orientamento sessuale omosessuale. Tecnicamente, dunque, una discriminazione (pur se di segno positivo), una *classification* giuridica<sup>21</sup>. La

13 Modificando in tal senso la parte 3A del *Public Order Act* del 1986: sul punto L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., p. 8.

14 L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., pp. 9 s.

15 L'art. 47 della legge n. 239 ha infatti disposto l'introduzione, nel Codice penale francese, del nuovo art. 132-77, che prevede che «*Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime*», prevedendo, peraltro la necessità di dimostrare puntualmente il proposito omofobico dell'agente, in quanto «*La circonstance aggravante définie au premier alinéa est constituée lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d'images ou d'objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur orientation sexuelle vraie ou supposée*».

16 Recante *Adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*.

17 Art. 225-1 *Code Pénal*.

18 Approvato con la Legge Organica 10/1995.

19 Sul punto L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., p. 11; A. Cerrone, *Punire l'odio? La repressione dell'omofobia e la tutela delle minoranze*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carocci, 2014, p. 71. Sulla normativa straniera in tema di repressione dei crimini motivati dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, v. anche il *dossier* di documentazione predisposto dal servizio studi della Camera dei Deputati, [http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/GI0304.htm#\\_Toc264558807](http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/GI0304.htm#_Toc264558807).

20 Sull'evoluzione del rapporto tra omosessualità e diritto negli ordinamenti appartenenti alla traduzione giuridica occidentale, M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto*, cit., pp. 19 ss.; S. Falcetta, *Omosessualità e diritto penale in occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, in *Sociologia del Diritto*, 2013, pp. 11 ss. In una prospettiva maggiormente antropologica e politologica, P. Pedote, *Storia dell'omofobia*, Bologna, Odoya, 2011.

21 Sul tema delle discriminazioni positive, dei loro presupposti e delle problematiche ad esse legate, v. A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002.

scelta di reprimere i comportamenti criminosi motivati dall'orientamento sessuale della vittima, configura, viceversa, una *tutela simmetrica*: certamente il fatto sociale che determina l'emersione del bisogno di tutela giuridica è (sostanzialmente e storicamente) riferito ai soggetti caratterizzati da uno specifico orientamento (quello omosessuale) oppure da una specifica condizione rispetto alla propria identità di genere (il transessualismo), tuttavia la norma si mantiene entro i confini della *eguaglianza formale* di fronte alla legge, non dà origine ad alcuna forma di *affirmative action*<sup>22</sup>. Non crea infatti un sistema di tutele riservate, o di quote, relative alla distribuzione di risorse scarse, non promuove giuridicamente (non discrimina positivamente) una specifica categoria di soggetti, limitandosi invece a prevedere una specifica tutela per determinati elementi fondativi dell'identità della persona (di ogni persona), in quanto ritenuti particolarmente sensibili: l'orientamento sessuale (ogni orientamento sessuale), l'identità di genere (ogni diversa configurazione di tale identità).

Normative improntate alla tutela simmetrica dei diversi orientamenti sessuali e delle diverse identità di genere, non configurano, dunque, un trattamento giuridico differenziato per le minoranze sessuali<sup>23</sup>.

### 3. Tutela simmetrica e tutela asimmetrica nei progetti di legge in discussione presso il Parlamento italiano

In tale prospettiva, come inquadrare e valutare l'intervento legislativo attualmente in discussione presso il Parlamento italiano?

Nella XVI legislatura del Parlamento italiano il tema è stato oggetto di diverse proposte di legge, accomunate da una interruzione del proprio *iter* di discussione prima di una pronuncia nel merito da parte di una delle due camere: in particolare, il progetto C. 1658-1882<sup>24</sup>, che risultava impostato su di una tutela simmetrica realizzata attraverso la previsione, in relazione a talune categorie di reati, di una circostanza aggravante relativa "all'orientamento o alla discriminazione sessuale"<sup>25</sup>, è stato oggetto dell'approvazione di una questione pregiudiziale di costituzionalità votata dalla Camera dei Deputati il 31 ottobre 2009, presentata dall'On. Vietti e motivata essenzialmente da due ordini di ragioni: l'asserita indeterminazione delle nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere e l'asserita lesione del principio di eguaglianza, in quanto da un lato la norma, rischierebbe di essere applicabile anche a crimini motivati dall'orientamento eterosessuale della vittima (non si chiarisce, tuttavia, quale sarebbe in tal caso la lesione del principio di eguaglianza che si determinerebbe), e d'altra parte escluderebbe il rilievo di altri possibili fattori di discriminazione<sup>26</sup>. Il progetto C. 2802 (primo firmatario Soro) successivamente

22 Sul tema delle azioni positive, M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008.

23 Certamente "nuove minoranze" rispetto a quelle espressamente contemplate dal testo costituzionale, ma, in effetti, il riferimento alle "condizioni personali e sociali" contenuto nell'art. 3 della Costituzione «assume i contorni di un congegno, di chiaro stampo pluralistico, che cuce indosso alle ragioni della discriminazione, man mano che si concretizzano nel tessuto sociale, i vestimenti della condanna costituzionale» (A. Cerrone, *Punire l'odio?*, cit., p. 63) e, del resto, il concetto di minoranza è «potenzialmente infinito, poiché infiniti sono i possibili elementi di distinzione» (E. Palici di Suni, *Minoranze*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, UTET, 1994, p. 547).

24 Primi firmatari Concia-Di Pietro.

25 L'articolo unico di tale progetto di legge disponeva, infatti, che «All'articolo 61 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente numero: "11-quater) l'avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale, contro la libertà personale e contro la libertà morale, commesso il fatto per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato».

26 On. Vietti, intervento in Assemblea del 31 ottobre 2009: «Siamo preoccupati perché un generico riferimento all'orientamento sessuale come aggravante rischia, cari colleghi, di ricomprendere in sé anche l'orientamento eterosessuale. Fino a prova contraria, infatti, orientamento sessuale non è soltanto quello omosessuale, ma è anche quello eterosessuale, anzi, continuo a immaginare che sia quello prevalente. Allora, cosa vorremmo fare, immaginare che ci sia l'aggravante anche quando la vittima è un eterosessuale? Mi sembra francamente una cosa stravagante che forse va anche al di là delle intenzioni degli stessi autori della proposta. [...] prendiamo atto con soddisfazione che il Ministro Carfagna rileva che nella formulazione che era giunta all'esame della Camera si trascurano altre categorie di soggetti deboli rispetto alle quali si dovrebbero prevedere aggravanti: gli anziani, i malati, i disabili. Perché questa discriminazione, che poi diventa una violazione dell'articolo 3 della Costituzione sul principio di uguaglianza per cui privilegeremo soltanto l'inclinamento sessuale rispetto a queste altre fattispecie?». In ordine all'asserita indeterminazione della nozione di orientamento sessuale, il proponente, con un accostamento che, pur se obliquo, appare improprio ed inopportuno sul piano giuridico (e, se si consente, anche su quello politico) affermava ulteriormente, nel testo della questione presentata, che «l'inserimento tra le circostanze aggravanti comu-



te presentato nella medesima legislatura, riprendeva l'impianto del progetto 1658-1882, introducendo però un elemento di asimmetria di tutela, con il riferimento ai "motivi di omofobia e transfobia" quali presupposti per l'operatività della circostanza aggravante, e puntualizzando la nozione di omofobia e transfobia accolta dalla legge, posta comunque in relazione con quella di orientamento (omo-)sessuale<sup>27</sup>: il progetto è stato oggetto dell'approvazione, il 26 luglio 2011, di una questione pregiudiziale di costituzionalità<sup>28</sup> motivata, questa volta, oltre che dalla lamentata mancata definizione della nozione di orientamento sessuale, proprio dall'aver predisposto una tutela asimmetrica, specificamente rivolta al contrasto dei soli comportamenti omo- e transfobici, e dunque di tutela dei soli orientamenti omosessuale e transessuale, configurando con ciò una tutela privilegiata per una categoria di cittadini e ledendo il principio di eguaglianza formale di fronte alla legge, nonché attribuendo rilievo penale ad un dato assunto di rilievo (asserito) esclusivamente soggettivo, quale l'orientamento sessuale<sup>29</sup>.

Parallelamente, sempre nella XVI legislatura, veniva presentato e discusso il progetto C. 2807 (Di Pietro ed altri), volto ad integrare le previsioni della vigente normativa di repressione dei crimini d'odio (leggi n. 654/1975 e n. 205/1993), prevedendo l'inserimento, accanto ai motivi già previsti come rilevanti ai fini di integrare le condotte di discriminazione, di violenza o incitamento alla violenza<sup>30</sup>, dei motivi «fondati sull'omofobia o sulla transfobia»: anche in questo caso, dunque, un approccio di tutela asimmetrico. A seguito dell'approvazione, presso la Commissione giustizia della Camera, il 7 novembre 2012, di un emendamento soppressivo dell'art. 1 del progetto di legge<sup>31</sup>, anch'esso motivato dalla asserita necessità di evitare l'introduzione di tutele privilegiate e di discriminazioni positive per deter-

---

ni previste dall'articolo 61 del codice penale della circostanza di aver commesso il fatto per finalità inerenti all'orientamento sessuale ricomprende qualunque orientamento ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo eccetera». Tali accostamenti si riscontrano peraltro anche in talune prese di posizione della dottrina: M. Ronco, *Legge contro l'omofobia è una violazione della libertà*, in *La Nuova Bussola Quotidiana*, [www.lanuovabq.it](http://www.lanuovabq.it), 9 luglio 2013, ove si afferma che «Non è in gioco, infatti, soltanto la libertà di esprimere giudizi critici sulle pratiche omosessuali, bensì, più radicalmente, la libertà di manifestare il proprio pensiero contro la dittatura del relativismo, che vorrebbe l'equiparazione indistinta di tutte le pratiche sessuali, oggi dell'omosessualità, domani delle pratiche sadistiche e masochistiche e, infine, forse, della bestialità e di altre pratiche oggi ancora ritenute inaccettabili». Sull'inconferenza di tali argomentazioni, v. L. Morassutto, *Legge contro l'omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013, cit., pp. 6 ss.

- 27 L'art. 1 del progetto C. 2802 disponeva, infatti, che «All'articolo 61 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente numero: "11-quater) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale, contro la libertà personale e contro la libertà morale, commesso il fatto per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi"». La definizione appare invero piuttosto involuta ed ellittica, sovrapponendo i piani dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, e finendo per confondere, più che per chiarire, le nozioni di omofobia e transfobia, senza dare una chiara definizione di quelle di orientamento sessuale e di identità di genere.
- 28 Più precisamente, di 3 mozioni di corrispondente contenuto, presentate degli On. Buttiglione, Bartolini e Lussana, discusse e votate congiuntamente.
- 29 In questo senso gli interventi dei proponenti, On. Lussana: «La disposizione dell'articolo 1 viola il principio di uguaglianza, così come sancito dall'articolo 3 della Costituzione, sotto il profilo della ragionevolezza della discriminazione introdotta dalla nuova circostanza aggravante [...] Appare evidente che la circostanza aggravante, così configurata, offre una protezione privilegiata alla persona offesa in ragione del proprio orientamento sessuale»; On. Bertolini: l'estensione agli atti motivati dall'orientamento sessuale delle discipline penali vigenti per i crimini d'odio «segnerebbe la traccimazione dal diritto penale del fatto ad un inaccettabile diritto penale dell'atteggiamento interiore: da una sanzione che segue un comportamento concreto ad una sanzione con aggravante che segue un dato intimistico»; On. Buttiglione: «La nostra Costituzione, come tutte le Costituzioni moderne, si fonda sull'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge [...] La norma della quale stiamo parlando ci riporta indietro verso un diritto personale che crea situazioni di privilegio o di svantaggio davanti alla legge. Lo stesso reato, commesso contro un omosessuale, verrebbe punito in modo diverso se commesso contro un eterosessuale. Perché?». Nelle argomentazioni del proponente la pregiudiziale, si riscontra poi un'assimilazione dell'intervento prospettato alla tematica delle *affirmative action* (sovrapposizione invero in parte impropria, in quanto non si sarebbero comunque realizzate, in ragione della normativa contestata, politiche di riequilibrio positivo per quote rispetto a risorse scarse), la cui opportunità viene contestata sulla base dell'assunto per cui «una volta cominciato è assai difficile fermarsi, ogni gruppo abbastanza forte reclama per sé stesso vantaggi particolari e privilegi in competizione ed in lotta gli uni con gli altri. La maggioranza dei cittadini finisce con il sentirsi discriminata per i privilegi di cui godono diverse minoranze e alla fine il tutto produce non più integrazione ma più disintegrazione».

30 Ovvero i motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi.

31 Presentato dall'On. Molteni.

minate categorie di soggetti in relazione a una loro condizione personale, il relatore si dimette e l'iter di discussione non ha seguito, anche in ragione della conclusione della legislatura nei mesi successivi<sup>32</sup>.

Nella XVII legislatura il confronto parlamentare sul tema è riaperto a partire dalla proposta C. 245 (Scalfarotto ed altri). Rispetto ai rischi, precedentemente paventati, di introdurre nell'ordinamento fattispecie penali legate a concetti indeterminati, con possibile lesione del principio di tassatività, il progetto compiva le scelte di includere nel testo legislativo una definizione puntuale delle diverse nozioni di identità sessuale, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale<sup>33</sup>. Conseguentemente, nel progetto si impiegava la nozione comprensiva e riassuntiva di *identità sessuale* della vittima, come definita nell'art. 1, quale elemento identificativo di un nuovo ordine di motivi rilevanti ai fini della disciplina penale dettata dalle vigenti leggi n. 654/1975 e n. 205/1993, tanto sotto il profilo della commissione (o dell'istigazione a commettere) atti di discriminazione, quanto sotto quello della commissione (o dell'istigazione a commettere) atti di violenza, quanto, ancora, sotto quello del divieto di costituzione di associazioni aventi tali finalità, nonché sotto quello dell'operatività della circostanza aggravata prevista per gli ulteriori reati eventualmente commessi con finalità di discriminazione o odio: da un lato, dunque, paiono accogliersi i rilievi mossi in sede parlamentare<sup>34</sup> all'indeterminatezza delle nozioni impiegate (e, conseguentemente, delle fattispecie confirate) nei precedenti progetti di legge, mentre, per altro verso, si ritorna ad un approccio di tutela di natura simmetrica, essendo il testo normativo strutturato su di una nozione neutra di identità sessuale.

Nel corso dell'esame in Commissione Giustizia, tuttavia, il testo presentato conosce alcune rilevanti modifiche: viene infatti predisposto dai relatori, e approvato, un nuovo testo base, ulteriormente modificato da un emendamento predisposto dai medesimi relatori, motivato da esigenze di semplificazione e chiarificazione, nonché dall'opportunità di ricercare e ottenere la massima convergenza possibile<sup>35</sup>. In tale nuovo testo risulta, in particolare, eliminato l'originario art. 1, con le relative definizioni dei concetti di identità sessuale, orientamento sessuale, identità di genere e ruolo sessuale, e si passa da un modello di tutela simmetrica a un modello di tutela asimmetrica: riprendendo in parte l'impianto del progetto C. 2807 discusso (e respinto) nella XVI legislatura, il nuovo testo propone di integrare le previsioni delle leggi n. 654/1975 e n. 205/1993 prevedendo l'attribuzione di rilievo anziché agli atti motivati dall'identità sessuale della vittima, a quelli *fondati sull'omofobia o la transfobia*. L'estensione della operatività della normativa vigente è disposta, come già nell'originario progetto C. 245 tanto in relazione alle ipotesi di commissione (o di istigazione a commettere) atti di discriminazione, quanto in relazione alle ipotesi di commissione (o di istigazione a commettere) atti di violenza, quanto, ancora, in relazione al divieto di costituzione di associazioni aventi tali finalità. L'estensione dell'operatività della circostanza aggravata prevista per gli ulteriori reati eventualmente commessi con finalità di discriminazione o odio viene accantonata in commissione, ma sarà reintrodotta durante la discussione in aula del provvedimento, che, per i profili che in questa sede rilevano, sarà approvato senza altre sostanziali modifiche dalla Camera dei Deputati il 19 settembre 2013<sup>36</sup> e trasmesso al Senato come progetto di legge S. 1052.

In primo luogo, si è dunque scelto di rinunciare ad una definizione delle nuove nozioni introdotte all'interno della normativa legislativa preesistente, ed, in particolare, delle nozioni di omofobia e di transfobia: curiosamente, la richiesta di evitare di procedere a definizioni all'interno della legge, è giunta

32 Sulle vicende descritte, E. Dolcini, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 2011, pp. 1393 ss.

33 Art. 1 del progetto C. 245: «Ai fini della legge penale, si intende per: a) «identità sessuale»: l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale; b) «identità di genere»: la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico; c) «ruolo di genere»: qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna; d) «orientamento sessuale»: l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi»

34 Pur con la necessaria considerazione dell'elevato grado di politicità e del carattere altamente contingente che caratterizza le valutazioni di costituzionalità espresse in sede parlamentare all'atto della presentazione e votazione di questioni pregiudiziali: del resto, le stesse componenti politiche parlamentari che hanno contrastato e bloccato l'adozione del progetto di legge C. 1658-1882 in ragione dell'asserita inopportunità e irragionevolezza di una tutela simmetrica, che tutelasse in astratto anche da lesioni subite in ragione del proprio orientamento eterosessuale, hanno poi parimenti contrastato e bloccato l'adozione dei progetti C. 2802 e C. 2807 proprio in ragione del carattere asimmetrico del modello di tutela da essi delineato e dell'asserita conseguente irragionevole discriminazione giuridica tra categorie di soggetti in conseguenza del loro diverso orientamento sessuale

35 On. Scalfarotto, seduta del 9 luglio 2013 della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati.

36 All'introduzione di una generale (e controversa) circostanza esimente legata alla libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee si è fatto cenno *supra*, nota 7.

da esponenti di quegli stessi soggetti politici che nella precedente legislatura si erano espressi a favore di pregiudiziali di costituzionalità motivate tra l'altro in relazione alla asserita indeterminatezza delle nozioni in questione<sup>37</sup>. Parimenti, appare singolare che lo sforzo di mediazione e di allargamento del consenso alla base della riformulazione del testo da parte dei relatori sia andato nella direzione del passaggio ad un modello di tutela, quello asimmetrico, in relazione al quale particolarmente penetranti (e numericamente maggioritari) erano risultati, nella precedente legislatura, i rilievi critici di chi vedeva in tale opzione una lesione del principio di eguaglianza davanti alla legge e del divieto di trattamenti giuridicamente privilegiati per determinate categorie di soggetti.

#### 4. Tutela “asimmetrica” e principio costituzionale di eguaglianza

Al di là della complessità delle dinamiche politico-parlamentari, che inevitabilmente sfuggono ad ogni pretesa di consequenzialità e di riduzione a una rigida coerenza logico-giuridica, alcune considerazioni possono essere formulate in relazione alla struttura della normativa predisposta e alle relative implicazioni, in primo luogo in ordine alla accezione del principio di eguaglianza individuabile alla base delle scelte compiute.

In primo luogo, sulla base delle indicazioni comparatistiche già richiamate, non può non cogliersi l'eccentricità, rispetto alle esperienze riscontrabili negli altri ordinamenti, di un modello di tutela di natura asimmetrica, che, dunque, anziché fornire una tutela rinforzata ad uno specifico tratto della identità individuale (quale l'orientamento sessuale o l'identità di genere), tratto che si manifesta con modalità diverse nei diversi individui, ma che è proprio di ogni individuo, determina inevitabilmente una discriminazione giuridica tra classi di individui in relazione ad una condizione personale: discriminazione pure certamente motivata, sostanzialmente, dalla condizione, fattuale e storica, della persistenza e recrudescenza di comportamenti specificamente omofobici e transfobici<sup>38</sup>. Certamente, dunque, all'atto pratico, le implicazioni dell'adozione di un modello di tutela simmetrico ovvero asimmetrico appaiono limitate, essendo indubbio che, nelle condizioni date, a venire in rilievo sarebbero in ogni caso essenzialmente gli specifici bisogni di tutela degli appartenenti alle minoranze sessuali e non quelli degli appartenenti alla *maggioranza sessuale*. E tuttavia, appare più coerente rispetto ad un'accezione forte del principio di eguaglianza davanti alla legge l'opzione per modelli di tutela che evitino, ove possibile, di creare discriminazioni giuridiche tra categorie di soggetti, preferendo invece modelli che implicino piuttosto una speciale protezione per determinati beni giuridici, riferibili a ciascuna persona, ritenuti particolarmente sensibili e meritevoli di tutela: nel caso in oggetto, il bene della libertà di espressione della propria identità sessuale. Del resto, la compatibilità con il principio di eguaglianza formale davanti alla legge di forme di tutela rafforzata di determinati beni della vita reputati particolarmente sensibili e intimamente connessi con la sfera costitutiva dell'identità individuale, quando non si traduca in una discriminazione tra categorie di persone in relazione alle specifiche personali declinazioni di tali beni della vita, appare riconosciuta anche dal Giudice costituzionale: così, esemplificativamente, in relazione

37 Nell'illustrare alla Camera, il 5 agosto 2013, il testo elaborato dalla Commissione giustizia, il co-relatore Leone (PDL-poi NCD), afferma che «il testo approvato dalla Commissione [...] non contiene alcuna definizione delle nozioni di omofobia o transfobia, in quanto si è ritenuto trattarsi di nozioni il cui significato è comunemente noto e che ogni tentativo di definizione normativa potrebbe comportare il rischio di strumentalizzazioni applicative». Non pare, tuttavia, che tale scelta abbia sortito l'indicato effetto di sgombrare il campo da critiche alla normativa in ragione di una sua asserita indeterminatezza: v. ad esempio, in tal senso, F. Mantovani, *I delitti di “omofobia” e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2013, p. 222, ove si afferma che «tale proposta presenta un'inquietante intrinseca pericolosità, quale *vulnus* ad irrinunciabili principi di civiltà giuridica, in quanto incentrata non su elementi costitutivi di tipo descrittivo o naturalistico, facenti riferimento a realtà individuabili con sufficiente sicurezza. Bensì su elementi costitutivi di natura emozionale, quali l'“omofobia” e la “transfobia”, come tali del tutto vaghi, indeterminati e indeterminabili nella loro portata applicativa».

38 E, tale essendo il dato sociale storicamente riscontrabile, non irragionevole appare la scelta, compiuta dall'art. 2 del progetto di legge attualmente in discussione, di focalizzare le attività di monitoraggio sull'applicazione della legge e sulle politiche di contrasto e prevenzione, proprio su quegli specifici profili di discriminazione che concretamente siano connessi a situazioni di peculiare allarme sociale: «Ai fini della verifica dell'applicazione della presente legge e della progettazione e della realizzazione di politiche di contrasto della discriminazione e della violenza di matrice xenofoba, antisemita, omofobica e transfobica e del monitoraggio delle politiche di prevenzione, l'Istituto nazionale di statistica, nell'ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali, assicura lo svolgimento di una rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza che ne misuri le caratteristiche fondamentali e individui i soggetti più esposti al rischio con cadenza almeno quadriennale».

alla tutela penale del sentimento religioso, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha, come noto<sup>39</sup>, chiarito che una tutela penale differenziata che contempli un reato di bestemmia soltanto in relazione a una specifica confessione religiosa, quando anche risulti quella verso cui, da un punto di vista storico e quantitativo, più diffusamente le espressioni offensive siano rivolte, risulterebbe lesiva del principio di eguaglianza davanti alla legge. Mentre tale lesione non si determinerebbe nel caso di una speciale protezione del sentimento religioso in quanto tale<sup>40</sup>, a prescindere dalla specifica religione professata: ad essere viziata da illegittimità, secondo la Consulta, risulta dunque quella normativa che «differenzia la tutela penale del sentimento religioso individuale a seconda della fede professata<sup>41</sup>». Se è consentito, si provi a sostituire, nell'enunciato riportato, l'espressione "sentimento religioso" con "identità sessuale" e l'espressione "fede professata" con "orientamento sessuale e identità di genere", e se ne potranno trarre quelli che, pur essendo solo suggestioni, possono forse risultare elementi utili a chiarire il senso non solo nominalistico delle riflessioni qui condotte.

Ci si potrebbe ancora interrogare sul fatto che quanto riscontrato in relazione alla predisposizione di una disciplina di contrasto ai fenomeni dell'omofobia e della transfobia rappresenti o meno un tratto peculiare dell'approccio del legislatore italiano alle ipotesi di emersione, dal dato sociale, di bisogni di particolare tutela penale in relazione a particolari situazioni o categorie di soggetti. Un confronto può essere condotto, sotto tale profilo, con la normativa recentemente introdotta in risposta alla problematica della violenza contro le donne, ovvero dei reati contro la persona commessi ai danni di soggetti (generalmente di sesso femminile) ad opera (generalmente) di propri familiari o di soggetti con cui intrattengano o abbiano intrattenuto un rapporto di coppia. Come noto, nella materia è intervenuta la legge n. 119 del 15 ottobre 2013<sup>42</sup> e la pubblicistica<sup>43</sup>, come anche la dottrina giuridica<sup>44</sup>, hanno manifestato la tendenza a riferirsi a tale normativa come "legge sul femminicidio" (con riferimento, dunque, al fenomeno percepito come di maggiore gravità e urgenza, anche se nessuna disposizione dell'intervento normativo risulta propriamente rivolta a tale ipotesi): anche in tal caso, dunque, il peculiare bisogno di tutela viene largamente percepito come asimmetrico, relativo essenzialmente alla condizione delle persone di sesso femminile. Tuttavia le disposizioni legislative introdotte sono strutturate secondo un impianto che risulta, invece, simmetrico: i riferimenti sono infatti, di volta in volta<sup>45</sup>, ai fatti commessi in ragione di presenti o pregressi vincoli affettivi o legami di coppia, con definizioni neutre rispetto al sesso della vittima e a quello dell'agente. Non si tratta, pertanto, neppure propriamente di ipotesi strutturalmente configurate in termini di violenza "di genere", in quanto le previsioni prescindono dal sesso e dal genere dei soggetti coinvolti, focalizzandosi invece sugli specifici legami affettivi e di coppia tra essi intercorrenti o intercorsi. Un approccio, dunque, che pur prendendo le mosse, come nel caso della disciplina di contrasto all'omofobia e alla transfobia, da una condizione di fatto e da un bisogno di tutela prevalentemente proveniente da una determinata categoria di persone (e in un contesto in cui tale asso-

39 Sentenze Corte costituzionale n. 925/1988 e n. 440/1995.

40 Poiché, a giudizio della Consulta, «la religione e i credenti sono pure sempre cose diverse dalla buona creanza e dagli uomini di buona creanza» (punto 3.3 dei considerati in diritto della sentenza n. 440/1995). Con ciò apparendo superati, nella prospettiva della Corte, anche i segnaposti rilievi emersi nel dibattito parlamentare secondo cui una speciale tutela penale della libertà di orientamento sessuale risulterebbe inammissibile in quanto legata non ad un elemento oggettivo, ma ad una inclinazione soggettiva del soggetto offeso: ma non è forse anche il sentimento religioso espressione di una inclinazione e di una identificazione di natura soggettiva?

41 Corte costituzionale, sentenza n. 440/1995, punto 3.3 dei considerati in diritto.

42 Di conversione del Decreto Legge n. 93 del 14 agosto 2013, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province".

43 V. ad esempio *Femminicidio, approvato il decreto legge. Via da casa i mariti violenti*, in *La Repubblica*, [www.larepubblica.it](http://www.larepubblica.it), 8 agosto 2013.

44 P. Pittaro, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 715 ss.

45 Art. 1.2 «nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza»; art. 3 a): «se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione alla persona offesa»; art. 4.1 «che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima». In altri casi un indiretto riferimento alle sole persone di sesso femminile è individuabile, ma per evidenti ragioni prettamente "biologiche", in relazione alla disciplina relativa ai reati commessi ai danni di persone in stato di gravidanza.



luta prevalenza appare socialmente percepita come tale<sup>46</sup>), ha condotto all'adozione di una normativa che evita di creare norme penali rivolte esclusivamente alla tutela di determinate categorie di soggetti.

Né, d'altra parte, apparirebbe pienamente conferente il paragone con altre normative a struttura speciale e asimmetrica pur rinvenibili all'interno dell'ordinamento a tutela di categorie di soggetti che si trovino in situazione di specifica fragilità, quale ad esempio quella dei soggetti portatori di disabilità<sup>47</sup>: la diversità di identità sessuale costituisce infatti (e questa pare davvero un'acquisizione che merita di essere difesa e riaffermata) un dato che prescinde da una valutazione di oggettivo disagio o bisogno, o di limitazione delle capacità di difesa, o di patologia, o di intrinseca *minorità* dei soggetti di orientamento omosessuale o transessuale.

## 5. Se orientamento sessuale e identità di genere restano nozioni (giuridicamente) "indicibili"

Quella che si riscontra pare dunque essere una specifica e peculiare ritrosia, da parte del legislatore italiano, ad accostarsi alle nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere, che, pur ampiamente diffuse e consolidate nel lessico giuridico internazionale, pur già presenti in atti legislativi vigenti all'interno dell'ordinamento italiano<sup>48</sup> (senza che tale presenza abbia dato luogo a particolari problemi interpretativi e applicativi) e pur già impiegati dalla giurisprudenza con significato consolidato anche al di fuori dei settori interessati da tale legislazione<sup>49</sup>, sono ancora oggetto, nel confronto politico come nelle riflessioni della dottrina<sup>50</sup>, di aperta diffidenza in ordine alla utilità e opportunità di un loro impiego in ambito giuridico. Del resto, anche al momento della elaborazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella redazione italiana del testo si è singolarmente scelto di non far comparire, tra i fattori rispetto ai quali l'art. 21 pone un divieto di discriminazione, la nozione di "orientamento sessuale", ricorrendo invece alla diversa (e, comparatisticamente, atipica) espressione "tendenze sessuali". Quella che pare trasparire è del resto, da parte di determinati settori del confronto culturale, una specifica ostilità rispetto alla attribuzione di un qualunque rilievo giuridico alle nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere, nozioni dunque impronunciabili, giuridicamente "indicibili", accusate di

46 Peraltro, in senso contrario alla reale sussistenza di una specifica problematica omofobica, anche nel dato sociale, M. Ferraresi, *La legge sull'omofobia: un pericolo per la libertà di espressione?*, in *Iustitia*, 2013, p. 211. Diverso è l'approccio di chi, pur riconoscendo nella realtà sociale la presenza e recrudescenza di episodi di specifici fenomeni di omofobia e transfobia, ritiene il diritto penale vigente già sufficientemente "attrezzato" ad esempio in ragione della possibilità di applicare la circostanza aggravante comune di cui all'art. 61 c.p., in relazione ai "motivi futili o abietti" (in questo senso, ad esempio, G. Riccardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, p.46; A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 5. Convincenti appaiono, peraltro, le contrarie argomentazioni prospettate, ad esempio, da E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 13 s.

47 Si consideri, ad esempio la circostanza aggravante prevista dall'art. 36 della legge 104/1992 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

48 È il caso, come noto, dei molteplici riferimenti all'orientamento sessuale come fattore in base al quale sussiste un divieto di discriminazione, contenuti nel Decreto Legislativo n. 216/2003, di attuazione della direttiva 2000/78 CE in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

49 V. Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015, n. 1126, ove, anche al di fuori della materia lavoristica, si riconduce l'identità sessuale all'ambito degli aspetti più sensibili della personalità e si afferma inoltre, in una prospettiva di circolazione dei concetti giuridici e di dialogo tra corti, che «il diritto al proprio orientamento sessuale, cristallizzato nelle sue tre componenti della condotta, della inclinazione e della comunicazione (c.d. *coming out*) è oggetto di specifica e indiscussa tutela da parte della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo».

50 Oltre a quanto riportato *supra*, nota 26, si veda ancora, ad esempio, M. Ferraresi, *La legge sull'omofobia*, cit., pp. 209 s.; L. Palazzani, *Identità di genere? Dalla differenza alla indifferenza sessuale nel diritto*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2008; nonché i contributi raccolti in F. D'Agostino (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, in *Quaderni di Iustitia – Nuova Serie*, n. 6, Milano, Giuffrè, 2012. Un ulteriore specifico argomento che viene talora addotto a sostegno dell'inopportunità di un pieno riconoscimento del rilievo giuridico dell'orientamento sessuale, risulta connesso con i possibili riflessi di tale opzione in ordine alla disciplina delle coppie omosessuali, in quanto «il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, così come oggi è inteso nel diritto dell'Unione, mal tollera le differenze e perciò spinge verso un regime giuridico delle unioni civili sostanzialmente indistinguibile da quello del matrimonio» (M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del Diritto Costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 434).

essere in quanto tali espressione (ed invenzione) di una asserita “ideologia del *gender*”<sup>51</sup>, per contrastare la quale il diritto italiano non dovrebbe esitare a chiudere gli occhi (e tacere) di fronte ad elementi pur profondamente caratterizzanti l’identità della persona, e il cui rilievo giuridico appare del resto largamente e specificamente riconosciuto a livello sovranazionale così come nel panorama comparato degli Stati appartenenti alla comune tradizione giuridica occidentale: espressioni da espungere invece radicalmente dal lessico giuridico italiano. Tornando, in conclusione, alla disciplina normativa attualmente in discussione in relazione al contrasto dell’omofobia e della transfobia, e pur nella soggettiva convinzione di chi scrive che l’adozione dei testi analizzati costituirebbe in ogni caso un opportuno e necessario intervento normativo di risposta a fenomeni sociali reali e urgenti, non si può non esprimere perplessità rispetto alle reticenze indicate: chiamare le cose con il proprio nome, in primo luogo, costituisce un elemento basilare di chiarezza, mentre non contribuisce alla chiarezza (del testo legislativo che si va scrivendo come del confronto pubblico ad esso connesso) la scelta di mantenere le nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere, o quella complessiva di identità sessuale, al di fuori dell’ambito del giuridicamnete rilevante.

Impiegare, ove possibile, un linguaggio condiviso con gli altri ordinamenti con cui quello italiano si trova in profonda e crescente relazione e integrazione (anche sul piano del dialogo tra le Corti), costituirebbe parimenti un elemento di non trascurabile importanza a livello di legistica.

E ancora (e soprattutto) preferire una struttura delle disposizioni che eviti di sottoporre a tensioni il principio costituzionale di eguaglianza, sotto il profilo della paventata creazione di un diritto penale speciale per determinate categorie di soggetti in relazione ad una specifica declinazione di un tratto della loro identità, appare, a chi scrive, una scelta di politica del diritto che sarebbe largamente preferibile compiere.

In effetti, le altre differenti ipotesi di crimini d’odio contemplate dalla legislazione vigente, si riferiscono alla tutela di tratti reputati sensibili ed essenziali dell’identità della persona offesa, indipendentemente da ogni possibile specifica (e soggettiva) declinazione di tali tratti: la sua identità etnica (ogni identità etnica), la sua identità nazionale (ogni identità nazionale), la sua identità religiosa (ogni identità religiosa)... Solo nel caso delle condotte omofobiche e transfobiche le disposizioni normative si riferirebbero, invece, non ad un tratto essenziale dell’identità della vittima, ritenuto meritevole di una specifica tutela a prescindere dalle sue individuali manifestazioni, bensì ad un tratto psicologico dell’agente, ritenuto meritevole di una specifica repressione in quanto rivolto ad una specifica declinazione (tra le diverse possibili) di un elemento sensibile della identità della persona offesa. La scelta appare anomala e criticabile, anche in ragione dal fatto che proprio la corretta individuazione del bene oggetto di tutela (il diritto di vivere liberamente la propria identità sessuale senza per ciò subire discriminazioni o atti di violenza) potrebbe risultare utile a prevenire possibili criticità: in particolare, sotto lo specifico profilo degli *hate speech*<sup>52</sup>, una struttura normativa che prevedesse che gli atti vietati siano quelli (e solo quelli) che vanno a colpire lo specifico bene giuridico rappresentato dall’orientamento sessuale e dall’identità di genere della persona offesa (e dalla possibilità di esprimerli e di *viverli* liberamente senza subire in ragione di essi discriminazioni o violenze), e non anche gli atti che siano genericamente espressione di “omofobia” (ovvero di una soggettiva e personale avversione, o anche riprovazione, nei confronti dell’omosessualità<sup>53</sup>) potrebbe forse contribuire a condurre il discorso al di fuori delle acque insidiose dei “reati di opinione”, ovvero della repressione dell’espressione di opinioni espunte in quanto tali dal (legittimo) dibattito pubblico, a prescindere dalla effettiva lesione di uno specifico bene costituzionalmente protetto<sup>54</sup>. Per quanto, infatti, le argomentazioni a favore della legittimità (e necessità) di «una

51 V. ad esempio, M. Ferraresi, *La legge sull’omofobia*, cit. p. 209: «Di che cosa parliamo? Di qualcosa così difficile da afferrare che per essere descritto richiede l’utilizzo della neolingua degli ideologi del sesso e del “gender”». V. anche M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, cit., pp. 419 ss., ove si afferma che «l’attuale prevalente approccio al “gender” sta conducendo i nostri sistemi giuridici verso una concezione dell’io “disincarnato”, o meglio “un-encumbered”», e ciò poiché «nella narrativa giuridica contemporanea la libertà si risolve pressoché interamente nella libertà di scelta, protetta dal diritto alla privacy appunto. Il soggetto diviene pura volontà. Il paradosso per il costituzionalista è che la meta verso cui questo viaggio della libertà individuale sembra correre sempre più velocemente è quello dell’affermazione di un io disincarnato, astratto, una fantasma di sé, in cui il corpo non conta, o forse peggio può essere di disturbo».

52 Sulla disciplina degli *hate speech* nei progetti di legge in discussione, v. M. Caielli, *Punire l’omofobia: (non) ce lo chiede l’Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in questa Rivista, p. 54 ss.

53 Senza con ciò togliere rilievo al dato per cui le persone omosessuali e transessuali subiscono in modo specifico e peculiare, nella contingente realtà sociale, attacchi alla propria identità, personale e collettiva, posti in essere attraverso attività qualificabili come *hate speech*: sul tema, V. Cuccia, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, Giappichelli, 2007, soprattutto pp. 25 ss.

54 I rischi di tale diversa prospettiva sono indicati da A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, cit.

normativa penale che assicuri a omosessuali e transessuali una tutela più intensa di quella offerta alla generalità dei cittadini»<sup>55</sup> risultino complessivamente convincenti, una struttura normativa a tutela simmetrica avrebbe forse reso tali argomenti ancora più evidenti e percepibili (anche a livello di opinione pubblica), evidenziando la pretestuosità di molte contro-argomentazioni legate ai rischi di una normativa penale che configurasse un presunto indebito privilegio riservato alle sole persone omosessuali e transessuali<sup>56</sup>.

L'anomalia, la ritrosia, la reticenza riscontrate in relazione alle modalità con cui il diritto italiano pare accostarsi ai temi dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, rischiano invece di collocare tali fattori in una condizione di atipicità rispetto agli altri fattori sensibili costitutivi dell'identità della persona e, conseguentemente, di collocare (o mantenere) le minoranze sessuali in una condizione di tutela persistentemente atipica rispetto a quella apprestata per le minoranze di altra natura: in qualche modo, una persistente condizione di *diversi tra i diversi*.

E, nella reticenza del legislatore ad impiegare (a *pronunciare*) espressioni quali "orientamento sessuale" o "identità di genere", come identificative dei beni giuridici in gioco, i reati connessi all'omofobia e alla transfobia rischierebbero di restare *reati che non osano pronunciare il proprio nome*.

55 Così E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 24 ss., cui si rinvia anche per le relative argomentazioni, come pure a L. Morassutto, *Legge contro l'omofobia e la transfobia*, cit.

56 Sugli asseriti rischi di una normativa di "protezione speciale" rivolta alle sole persone omosessuali o transessuali, v. ad esempio, G. Garancini, *La proposta di legge "anti-omofobia" tra (legittima) garanzia della libertà individuale e (inaccettabile) protezione del soggettivismo*, in *Iustitia*, 2013, p. 218, ove si afferma che la normativa in discussione «è ingiusta e contraria allo spirito (e alla lettera) della Costituzione e, più in generale, del nostro ordinamento perché per affermare e tutelare la libertà dei "protetti speciali", potrebbe arrivare, o portare, a comprimere la libertà (d'espressione, per esempio), di quanti pensassero, giudicassero, s'esprimessero diversamente da loro».

Luciana Goisis\*

## Omosessualità, *hate crimes* e diritto penale

### Sommario

1. Omosessualità e sanzione penale nella storia. Della laicità del diritto penale e della pari dignità degli esseri umani – 2. Comportamenti omosessuali e omofobia: profili criminologici – 3. *Hate crimes* e diritto penale – 4. L'omofobia in Italia

### Abstract

Il saggio traccia il percorso attraverso il quale, nella storia del diritto penale, si è passati da un approccio repressivo nei confronti dell'omosessualità ad un diverso approccio, a partire dall'Illuminismo, volto a sottolineare l'irrilevanza penale di tale condotta anche grazie alla faticosa, ma progressiva affermazione del principio di laicità del diritto penale. Il saggio affronta altresì i profili criminologici della tematica appuntando l'attenzione sulla categoria criminologica degli *hate crimes* e sulla realtà italiana dei crimini a sfondo omofobico, dedicandosi ad una analisi delle proposte di legge avanzate in Parlamento e in particolare al recente Disegno di legge AS 1052, il c.d. "Decreto Scalfarotto".

*The essay draws the way in which, in the history of criminal law, has been passed from a punitive approach with regards to the homosexuality to a different one, beginning from the Enlightenment, aimed to underline the criminal irrelevance of this conduct also by virtue of the hard, but gradual affirmation of the principle of secularism of criminal law. The essay deals also with the criminological profiles of the theme with attention to the criminological category of hate crimes and to the Italian situation of homophobic crimes, addressing an analysis of the proposals of law promoted in Parliament and in particular of the recent Design of Law AS 1052, the so called "Decreto Scalfarotto".*

### 1. Omosessualità e sanzione penale nella storia. Della laicità del diritto penale e della pari dignità degli esseri umani

Storicamente "il primo, più risalente approccio del diritto penale al tema dell'omosessualità consiste nella repressione"<sup>1</sup>.

Non in tutte le epoche storiche — è vero — l'omosessualità è stata oggetto di condanna: si pensi alla antica Grecia ove il significato dell'omosessualità era da ricondurre ad un rito di passaggio proprio della

\* Ricercatrice in Diritto penale, Università di Sassari, Docente di Criminologia e Diritto Penale Avanzato. Il presente saggio costituisce il testo, ampiamente riveduto e aggiornato, di una relazione tenuta, il 30 novembre 2012, nell'ambito del V Convegno nazionale di Rete Lenford, Avvocatura per i diritti LGBTI, dal titolo *Omofobia, transfobia e diritto penale*. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 Cfr. E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, www.statoecheme.it, 2012, p. 2.



società tribale<sup>2</sup>, nonché all'antica Roma ove l'omosessualità non era né sanzionata né oggetto di spiccata riprovazione sociale (benché la pederastia greca fosse additata come un vizio).

Nella Grecia precittadina, in particolare, la formazione pedagogica dei ragazzi passava attraverso un periodo di vita trascorso insieme ad un adulto che aveva il ruolo di educatore ed amante. Così nelle liriche di Saffo si ritrova la celebrazione dei rapporti fra soggetti di sesso femminile. Si fa notare, in proposito, che "i greci non distinguevano i rapporti in omosessuale/eterosessuale, ma in passivo/attivo", ove l'attività era consentita ai soli maschi adulti<sup>3</sup>. A Roma, la virilità era la caratteristica saliente dell'uomo e importanza centrale rivestiva, indipendentemente dal sesso dei soggetti, il ruolo svolto nell'atto sessuale che doveva essere "attivo"<sup>4</sup>.

Tuttavia, a parte tali eccezioni, per secoli, la sodomia viene additata presso le diverse società come comportamento moralmente riprovevole, condannato dalle Sacre Scritture<sup>5</sup> e previsto come delitto capitale dalle legislazioni penali. Come è stato sottolineato, tra "i motivi che hanno indotto alla repressione dei comportamenti omosessuali vi è senz'altro l'influenza del cristianesimo, ma ancor prima ragioni interne all'etica tardo-pagana"<sup>6</sup>. Osserva Foucault che nei secoli precedenti la fondazione della psichiatria nell'800, chi commetteva "atti contro natura" veniva considerato o peccatore o reo perché trasgrediva o la legge divina o la legge umana o entrambe: la natura era dunque il criterio di distinzione fra omosessualità ed eterosessualità.

È solo nel settecento, con l'Illuminismo, in particolare nel pensiero di Cesare Beccaria<sup>7</sup>, che ci si affranca dall'idea di punire l'omosessualità. Scrive Beccaria, infatti, del "danno fatto alla nazione"<sup>8</sup> quale unica e vera misura dei delitti, ascrivendo altresì l'omosessualità (accanto all'adulterio) fra i delitti di difficile accertamento probatorio: "(...) E pure gli adulterii, la greca libidine, che sono delitti di difficile prova, sono quelli che secondo i principii ricevuti ammettono le tiranniche presunzioni"<sup>9</sup>. L'omosessualità, dunque, quale reato che non reca alcun danno alla comunità, ma anche quale reato che si pone in contrasto con il principio di legalità laddove esso chiarisce l'esigenza di punire solo fatti suscettibili di prova processuale. Un reato, nelle parole di Jeremy Bentham, "senza vittima"<sup>10</sup>.

Si deve altresì a Voltaire e a Montesquieu la proposta di decriminalizzare l'omosessualità<sup>11</sup>, tanto che nel 1791 si assiste in Francia alla abolizione della pena di morte per il delitto di sodomia (e nel 1810 il *Code Pénal* napoleonico abroga il delitto)<sup>12</sup>. Nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e del Cittadino, all'art. 5, è altresì sancito il principio del danno, già enunciato da Beccaria.

L'attualità delle parole di tali pensatori settecenteschi — Beccaria, Voltaire, Montesquieu — si deve cogliere nel loro costante riproporsi nell'ambito del dibattito attuale sull'omosessualità — per quanto la sodomia sia depenalizzata in molti ordinamenti giuridici rimane criminalizzata in molti altri e talora punita con la pena di morte<sup>13</sup> —, un dibattito che riconduce al problema della separazione del diritto penale dalla morale e in particolare alla laicità del diritto penale. Lungi dal voler proporre una pro-

2 Cfr. *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, M. Graglia (a cura di), Roma, Carocci, 2012, p. 55 ss. Secondo le ricerche più recenti, la distinzione fra omosessualità ed eterosessualità non esisteva in tale società ed anzi la relazione affettiva fra giovani *eromenoi* (amati) ed *erastai* (amanti) adulti rappresentava un rito per il passaggio all'età adulta, rito essenziale nel percorso educativo dei fanciulli.

3 M. Graglia, *cit.*, pp. 55-56.

4 *Ibidem*.

5 Su cristianesimo e omosessualità si rimanda a L. Tomassone, *Cristianesimo e omosessualità*, in *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, *cit.*, in Appendice, p. 1 ss.

6 M. Graglia, *cit.*, p. 56.

7 Beccaria si pone come il primo fautore del concetto di reato quale fatto dannoso socialmente, quale forma di offesa a beni giuridici. Sul pensiero di Beccaria si veda G. Tessitore, *Cesare Beccaria: l'uomo e il mito. Idealizzazione e realtà storica*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 15.

8 Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di R. Fabietti, Milano, Mursia ed., 1973, p. 38.

9 *Ibidem*, p. 91.

10 Sul punto E. Dolcini, *Omosessualità*, *cit.*, p. 2, nonché S. Pinker, *The Better Angels of Our Nature. Why Violence has Declined*, New York, Penguin Group, 2011, p. 449.

11 S. Pinker, *cit.*

12 M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, Il Saggiatore, 2011, p. 40.

13 Oggi, l'omosessualità è stata legalizzata in oltre 120 Paesi e rimane penalizzata in circa 80 Paesi diffusi in Africa, Oceania e nei Paesi islamici. Cfr. S. Pinker, *cit.*, p. 449 s.; nonché S. Jansen-T. Spijkerboer, *Fleeing OmoPhobia. In fuga dall'homofobia: domande di protezione internazionale per orientamento sessuale e identità di genere in Europa*, Amsterdam, Vrije Universiteit, 2011, p. 23.

blemizzazione sul tema che richiederebbe una trattazione autonoma, ci limitiamo a evidenziare che tale principio trova riconoscimento oggi sia nella tradizione anglo-sassone che in quella continentale e, come è stato autorevolmente sottolineato, trae “rinnovato stimolo”, in ambito penalistico, dal tema emergente dell’omofobia<sup>14</sup>. In particolare, nella direzione della laicità del diritto penale, l’abolizione del crimine di sodomia è un momento fondamentale: esso segna “l’affrancamento della legislazione penale dalla tirannia di ogni codice etico, ancorato o no ad una religione”<sup>15</sup>.

È soprattutto nella giurisprudenza europea e statunitense che si trova la piena affermazione — sul terreno dei comportamenti omosessuali — della separazione fra diritto penale e morale, affermazione che aprirà la strada per la definitiva decriminalizzazione dei medesimi.

Viene in rilievo, *in primis*, un importante pronunciamento della Corte europea dei diritti umani: il caso *Dudgeon*. Nel 1981, la Corte europea valutava il problema della compatibilità delle norme penali che incriminavano i rapporti omosessuali, allora vigenti nel Regno Unito, rispetto all’art. 8 Cedu che tutela il diritto alla vita privata. La Corte arrivava ad affermare che — nonostante il turbamento che la commissione di atti omosessuali può provocare a taluni e nonostante la preoccupazione che il venir meno della criminalizzazione di tali atti possa comportare una erosione degli *standards* morali — non esisteva ragione perché il reato fosse mantenuto nelle legislazioni dei Paesi firmatari della Convenzione europea dei diritti umani.

Depenalizzare, chiariva la Corte, non significava approvare l’omosessualità e il timore che la decriminalizzazione potesse portare ad un abbassamento degli *standards* morali non poteva giustificare una così aperta violazione della sfera privata del ricorrente<sup>16</sup>.

Ancor più significative le parole che si riscontrano nella giurisprudenza statunitense. Il caso, ben noto, è il caso *Lawrence*, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 2003. Il principio della laicità del diritto penale viene enunciato dal supremo organo giudiziario a chiare lettere: il fatto che una pratica, quale quella degli atti omosessuali, venga considerata dalla maggioranza del popolo come una pratica immorale, dice la Corte, “non costituisce una ragione sufficiente perché la legge continui a proibirla”. Non solo. Aggiunge la Corte Suprema: “al cuore della libertà v’è il diritto di ciascuno di definirsi un proprio concetto d’esistenza, di significato, di universo, e del mistero della vita umana”<sup>17</sup>.

È altresì rilevante che la Suprema Corte faccia appello, tra le argomentazioni contrarie alla conservazione delle norme penali in materia di condotte omosessuali, al “principio del danno”: l’omosessualità sarebbe un reato, come già sottolineava Bentham, che non causa danno (dolore) a nessuno.

In particolare, sia che si faccia appello al “principio del danno” (*harm principle*), proprio della tradizione di *common law*, sia che ci si riferisca, nel linguaggio della dottrina continentale, al principio di offensività, non appare oggi giustificato, in piena coerenza con la affermata laicità dello Stato, il mantenimento della incriminazione dell’omosessualità<sup>18</sup>.

Tale principio non è tuttavia così pacifico come potrebbe apparire: così come sottolineato efficacemente in dottrina, non mancano infatti utilizzazioni dell’*harm principle* “a sostegno del moralismo legale (...), i conservatori possono argomentare, se vogliono, la punibilità di condotte omosessuali, dell’esercizio della prostituzione, del mero uso della droga o della pornografia etc., sulla base delle “conseguenze dannose o pericolose” di tali azioni: rispettivamente Aids, tracollo del valore economico e della qualità della vita nei quartieri a luci rosse (...). Il punto di partenza di ogni dibattito attuale, pertanto, non è più (solo) costituito dalla contrapposizione fra paternalismo e liberalismo, ovvero dalla punibilità della mera immoralità *vs.* la punibilità di atti dannosi, ma dalla possibilità di giustificare quasi ogni divieto di condotte socialmente immorali mediante argomenti non triviali costruiti sul danno o sul pericolo del danno”<sup>19</sup>.

L’indagine storica consente di verificare la vischiosità con la quale entrambe queste due argomentazioni, il disvalore penale dell’atto immorale e la dannosità (o anche solo il carattere molesto del mede-

14 Così E. Dolcini, *Omosessualità*, cit., p. 1.

15 E. Dolcini, *Omosessualità*, cit., p. 3.

16 Cfr. su tale caso M. Winkler, G. Strazio, cit., p. 51, nonché sulla recente giurisprudenza della Corte Edu in materia, L. Goisis, *Libertà d’espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell’uomo equipara la discriminazione in base all’orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 418-441.

17 Cfr. M. Winkler, G. Strazio, cit., p. 46.

18 Cfr. sul tema, ampiamente, alla luce del pensiero di Joel Finberg, A. Cadoppi, *Principio del danno (harm principle) e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale*, A. Cadoppi, (a cura di), Milano, Giuffrè ed., 2010, p. VII ss., nonché *ivi*, M. Donini, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“Offense” di Joel Finberg”, p. 41 ss.

19 Così M. Donini, cit., p. 65.

simo, come sottolineato dalla Cedu nel caso *Dudgeon*), vengano superate. Nel corso del XIX secolo il sodomita viene costituito come soggetto omosessuale dalla psichiatria e concepito come soggetto malato, suscettibile di cura<sup>20</sup>. L'avvento del Positivismo comporta la 'medicalizzazione' della devianza, la quale non riguarda più solo la morale: si afferma l'idea di un soggetto "diverso" socialmente pericoloso<sup>21</sup>. Ebbene in questo secolo le leggi antisodomia vengono nuovamente emanate, specie nell'ordinamento americano nella seconda metà dell'800, e la penalizzazione del reato permane anche in Europa, ove viene emanato, nel 1871, il paragrafo 175 del Codice penale tedesco (*StGB*), il quale incriminava i rapporti sessuali fra persone di sesso maschile, previsione che resterà in vigore, nonostante i suggerimenti in direzione abolizionista provenienti dalla dottrina tedesca (specie psichiatrica), fino al 1969<sup>22</sup>.

Nel contesto italiano, non ci si può esimere dal ricordare la prima significativa svolta in senso abolizionista operata dal Codice Zanardelli del 1889, rispetto alle precedenti previsioni anti-sodomia dei codici pre-unitari<sup>23</sup>, nella direzione di una separazione fra morale e diritto (nonostante l'opzione fosse dettata, come emerge dai lavori preparatori, meramente dalla volontà di negazione del fenomeno)<sup>24</sup>, scelta seguita anche nel Codice Rocco, benché non senza l'opposizione della dottrina penalistica del tempo<sup>25</sup>. Emblematiche, nell'ambito di tale dottrina, le parole di Vincenzo Manzini, nelle quali il disvalore penalistico dell'atto immorale e la dannosità del medesimo vengono nuovamente affermate: "questo disinteressamento della legge penale (...) costituisce un'esagerata applicazione o una falsa concezione della distinzione tra morale e diritto (...). Il vizio, di cui si tratta, danneggia anche la "stirpe", non solo perché degrada psichicamente chi ne è affetto, ma altresì perché perverte l'istinto sessuale, e quindi nuoce alla procreazione"<sup>26</sup>.

È solo nel XX secolo che si assiste ad una più ampia depenalizzazione dell'omosessualità: anche se ciò avviene non tanto in nome della laicità del diritto penale, quanto in nome del riconoscimento di una prevalenza da accordare al diritto alla vita privata — diritto affermato anche a livello giurisprudenziale sia nel contesto europeo negli anni ottanta (si pensi al succitato caso *Dudgeon* risolto dalla Corte Europea dei diritti umani), sia oltreoceano, nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (nel noto caso *Lawrence* del 2003) — e riconosciuto anche nel contesto internazionale<sup>27</sup>. Dagli anni sessanta del novecento la maggior parte dei Paesi democratici adotta legislazioni penali nelle quali non compare il delitto di sodomia. È del 1961 la prima legislazione americana abolizionista (Illinois), così come abolizionista è il *Model Penal Code*<sup>28</sup>.

La ritrosia verso la decriminalizzazione dei comportamenti omosessuali, tuttavia, resta una costante anche del corrente secolo. A livello internazionale, sia l'Organizzazione degli Stati americani, nel 2008, sia l'Unione europea nello stesso anno, hanno formulato delle dichiarazioni finalizzate a porre all'attenzione dell'agenda politica la discussione in materia di diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere e a promuovere la depenalizzazione dei rapporti omosessuali. Nonostante tali importanti iniziative internazionali, puntualmente osteggiate dalla Santa Sede, e nonostante la ratifica da parte di molti Paesi del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 — che garantisce l'immunità di ciascuno da interferenze illecite nella vita privata — sono ancora numerosi i Paesi che prevedono quali fatti penalmente rilevanti puniti anche assai gravemente, persino con la pena capitale<sup>29</sup>, i rapporti sessuali fra soggetti dello stesso sesso: fra questi, Paesi come l'Afghanistan, l'Arabia Saudita, gli Emirati Arabi Uniti, l'Iran, la Nigeria, la Mauritania, il Pakistan, il Sudan e lo Yemen<sup>30</sup>.

20 M. Graglia, *cit.*, p. 53.

21 *Id.*, *cit.*, p. 54.

22 Cfr. sul punto *Id.*, *cit.*, p. 55, nonché E. Dolcini, *Omosessualità*, *cit.*, p. 4.

23 Si ritrova una fattispecie che penalizza l'omosessualità nel Codice penale del Regno lombardo-veneto e nel codice sardo-piemontese del 1859: l'art. 425 reprimeva gli atti di libidine contro natura. Si rimanda sul tema a E. Dolcini, *cit.*, pp. 4-5.

24 Cfr. *ibidem*, p. 5.

25 Diffusamente E. Dolcini, *Omosessualità*, *cit.*, p. 5 ss.

26 Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Vol. VII, Torino, Utet, 1936, p. 251 ss. Sul tema si veda altresì più approfonditamente E. Dolcini, *cit.*, p. 6.

27 S. Pinker, *cit.*, p. 449 ss., nonché M. Winkler, G. Strazio, *cit.*, p. 45 ss., p. 52 ss.

28 S. Pinker, *cit.*

29 Sullo status della pena di morte nel mondo v. L. Goisis, *La revisione dell'art. 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1670 s.

30 M. Winkler, G. Strazio, *cit.*, p. 55. S. Pinker, *cit.*, p. 449 s.; nonché S. Jansen-T. Spijkerboer, *Fleeing OmoPhobia. In fuga dall'omofobia: domande di protezione internazionale per orientamento sessuale e identità di genere in Europa*, *cit.*, p. 23.

Una tra le ragioni spese in sede internazionale contro la decriminalizzazione delle condotte omosessuali (e contro la previsione di leggi di contrasto all'omofobia) è quello di una presunta "discriminazione alla rovescia", laddove si scelga di proteggere questa categoria di soggetti.

Tuttavia soccorre, quale controbiezione ad una tale argomentazione, un ragionamento che Martha Nussbaum ha espresso rispetto ai comportamenti che, nell'ottica di un moralismo conservatore, suscitano vergogna e disgusto e che, accedendo alla tesi di una criminalizzazione sulla base del principio della mera molestia o fastidio<sup>31</sup>, potrebbero rilevare penalmente: vergogna e disgusto aumentano la stigmatizzazione degli autori delle condotte oggetto di riprovazione. La disapprovazione dell'atto finisce per trasferirsi sulla persona che ne è autrice. Tale discriminazione della persona, oltre che della condotta, si tradurrebbe, appunto, in una violazione della pari dignità della persona<sup>32</sup>.

In gioco, dunque, vi è sì la laicità dello Stato, la quale va ribadita con forza, ma al tempo stesso e prima ancora la pari dignità delle persone che non può soccombere in alcun modo dinanzi al "principio della molestia".

## 2. Comportamenti omosessuali e omofobia: profili criminologici

Determinismo o volontarismo?

È questa una delle polarizzazioni che più spesso viene avanzata nel dibattito sull'omosessualità. La questione, posta in questi termini, è palesemente superficiale, tuttavia essa ha dato origine a diversi studi scientifici.

Sotto il profilo dei fautori dell'ipotesi deterministica, non mancano ricerche che hanno cercato di dimostrare che l'omosessualità sarebbe legata ad un gene specifico<sup>33</sup>. Si tratta peraltro di ricerche destituite di fondamento e affette da gravi lacune metodologiche. Accanto a tali studi, assai noti, ad opera di LeVay, altre ricerche avrebbero individuato un ormone determinato nelle persone omosessuali e le stesse indagini condotte in ambito psicologico avrebbero suggerito che l'omosessualità maschile è innata e ciò per ragioni di natura genetica<sup>34</sup>.

Dal punto di vista scientifico, in ogni caso, si tratta di studi privi di alcun fondamento: è anzi riconosciuto nella letteratura psicologica e in quella criminologica che l'omosessualità è il risultato di una complessa interazione di fattori: secondo l'*American Psychological Association* "l'orientamento sessuale è verosimilmente il risultato di una complessa interazione di fattori ambientali, cognitivi e biologici"<sup>35</sup>.

Chi avanza la tesi volontaristica, viceversa, ritiene che l'omosessualità sia il frutto di una scelta libera, che si potrebbe modificare in ogni momento. Severe critiche vengono avanzate anche rispetto a tale ipotesi, ritenuta non solo priva di fondamento alla luce della stessa psicoanalisi freudiana, ma capace altresì di dare adito a teorie di 'conversione' di marca illiberale<sup>36</sup>.

Ciò che è certo è che un approccio di tipo medico al tema dell'omosessualità, che la consideri una patologia, non ha oggi alcun fondamento. Non si rinviene infatti alcun riferimento nei manuali medici circa il carattere patologico dell'omosessualità e nel 1973 l'*American Psychological Association* elimina dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali l'omosessualità quale psicopatologia. Benché spesso — anche nell'attuale dibattito in materia di omofobia — tale argomentazione venga invocata, la psichiatria chiarisce come l'omosessualità nulla abbia a che vedere con la pedofilia, inquadrata invece sì come una psicopatologia<sup>37</sup>.

31 Secondo il principio della molestia, teorizzato dal liberista Joel Finberg, si potrebbero punire quelle condotte realizzate in pubblico che generano nei terzi imbarazzo, vergogna, disgusto. Cfr. sul tema G. Fiandaca, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità*, cit., A. Cadoppi, (a cura di), p. 230.

32 Sul pensiero liberal-progressista di Martha Nussbaum, condiviso dallo studioso, diffusamente G. Fiandaca, *cit.*, p. 230.

33 Cfr. S. LeVay, *A Difference in Hypothalamic Structure between Heterosexual and Homosexual Men*, in *Science*, 1993, p. 1034 s.

34 Su tali studi, in particolare, sullo studio di D.H. Hamer, *A Linkage between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation*, in *Science*, 1993, p. 321 ss., si rimanda a M. Winkler, G. Strazio, *op. cit.*, pp. 33-34.

35 Apa Help Center, *Sexual Orientation and Homosexuality*, reperibile al sito [www.apahelpcenter.org](http://www.apahelpcenter.org).

36 Per un'efficace problematizzazione dell'ipotesi volontaristica, si veda M. Winkler, G. Strazio, *cit.*, pp. 35 ss.

37 Cfr. A.a.V.v., *DSM-IV-TR: manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Washington-London, Masson, 2002, p. 577.



Se questo approdo non viene più posto in discussione, si sottolinea come la “nevrosi” che affligge oggi gli omosessuali dipenda dalla persecuzione di cui sono fatti oggetto: tale persecuzione è meglio nota come “omofobia”<sup>38</sup>.

Prima di approfondire tale ultimo fenomeno che assume attualmente proporzioni, stando alle statistiche disponibili, preoccupanti<sup>39</sup>, occorre interrogarsi se la sopravvivenza nella legislazione penale di molti Paesi dell’incriminazione dei rapporti omosessuali trovi una rispondenza nel sentire sociale. Una breve indagine circa la percezione sociale di tali comportamenti, indagine resa possibile dall’apporto fondamentale della ricerca criminologica, consente di chiarire che la risposta, alla luce delle attuali acquisizioni, è negativa.

Si segnala come significativo, nell’ambito della tradizione di studi criminologici in materia, lo studio di Delogu e Giannini, condotto agli inizi degli anni ’80, che a sua volta ha replicato uno studio dei due criminologi americani Sellin e Wolfgang. Tale studio ha tentato di valutare il grado di gravità di alcuni comportamenti tra i quali la violenza sessuale, la prostituzione, l’incesto, gli atti di libidine, la corruzione di minore, l’omosessualità, l’adulterio, l’esibizionismo, i rapporti con minorenni, le molestie telefoniche. Prendendo in considerazione le valutazioni di un campione molto ampio di soggetti (studenti universitari, studenti di liceo, appartenenti alle forze dell’ordine, magistrati, uomini politici e di Chiesa, detenuti e cittadini qualsiasi), i due studiosi rilevano, tra l’altro, come le forme minori di violenza sessuale e i comportamenti ascrivibili — se ascrivibili — a mere devianze sessuali, come i rapporti sessuali fra minori, la lettura di riviste pornografiche, l’omosessualità, la frequentazione di prostitute, l’amore di gruppo, nella percezione sociale, non rivestono la qualità di comportamenti gravi. Secondo ricerche più recenti, ascrivibili a Calvanese, poi, alcuni di questi comportamenti come ad esempio la consultazione di materiale pornografico suscitano indifferenza; l’omosessualità è considerata una scelta libera nei cui confronti non si esprime alcuna disapprovazione e per cui non è ritenuto necessario alcun intervento da parte delle istituzioni<sup>40</sup>.

Analogamente i sondaggi d’opinione condotti negli Stati Uniti evidenziano una progressiva accettazione ed un processo di vera e propria integrazione della comunità omosessuale nella società americana a partire dagli anni settanta, coincidenti con la iniziale decriminalizzazione della sodomia, sino al collasso delle ultime legislazioni antisodomite, dichiarate infine illegittime alla luce della Costituzione americana nel caso *Lawrence* del 2003, deciso, come si è già sottolineato, dalla Corte Suprema sulla base del principio della autonomia individuale e della inammissibilità di un utilizzo del potere statale al fine di affermare principi religiosi e tradizioni<sup>41</sup>. In particolare, dai sondaggi Gallup più recenti, aggiornati al 2009, emerge che la tolleranza — peraltro parola ambigua — verso l’omosessualità è diffusa<sup>42</sup>.

Esiste dunque uno scollamento fra quelle che sono le previsioni legislative di molti ordinamenti giuridici e la percezione sociale della omosessualità oggi. D’altro canto, la percezione della non necessità di interventi istituzionali in materia potrebbe riverberarsi sulla attenuata tutela giuridica di tali gruppi di minoranza, per i quali spesso non si coglie la necessità di una protezione rafforzata.

Il tema della tutela rafforzata dei gruppi omosessuali conduce all’omofobia. La ricerca criminologica indaga sotto altro profilo l’omosessualità, chiedendosi quale sia la causa di atteggiamenti omofobici, ossia di atteggiamenti di disprezzo nei confronti delle persone omosessuali (e più in generale delle persone LGBT) a cagione del loro orientamento sessuale.

Il tema dell’omonegatività<sup>43</sup> è stato a lungo studiato in una prospettiva antropologica ed è stato correttamente osservato che i significati che vengono attribuiti all’omosessualità cambiano nelle diverse culture e nelle diverse epoche storiche e che, specie nella rappresentazione sociale occidentale, si è affermata l’omonegatività, quale rappresentazione sociale dell’omosessualità in termini di inversione di genere e di pratica contro natura<sup>44</sup>. La criminologia indaga, diversamente, la peculiarità dei delitti a sfondo omofobico, che dell’omonegatività costituiscono il precipitato storico più evidente, e inquadra

38 Sul punto vedi efficacemente M. Winkler, G. Strazio, *cit.*, p. 37.

39 Cfr. più ampiamente *infra*, par. 3.

40 Su tali studi si rimanda a M. Ponti-I. Merzagora-Betsos, *Compendio di Criminologia*, Milano, Cortina ed., 2008, pp. 286-7, nonché più in generale a E. Calvanese, *La reazione sociale alla devianza. Adolescenza fra droga e sessualità, immigrazione e “giustizialismo”*, Milano, Franco Angeli, 2005.

41 Su tali sondaggi e sulla decisione *Lawrence*, si veda S. Pinker, *cit.*, pp. 450-2.

42 *Ibidem*.

43 Sul tema dell’omonegatività quale concetto distinto dal concetto di omofobia, visto in una dimensione antropologica e psicologica, si veda M. Graglia, *cit.*, p. 21 ss, 57 ss., nonché il sito [www.nonsonsigmund.it/omofobia-no-omonegativo](http://www.nonsonsigmund.it/omofobia-no-omonegativo).

44 Cfr. sul tema M. Graglia, *cit.*, p. 57 ss.



tali delitti in una categoria — quella dei crimini d'odio, o *hate crimes*: si parla in particolare nel contesto americano di *gay-bashing*, intendendosi con tale espressione forme di aggressione dettate da motivi legati alla omosessualità della vittima<sup>45</sup>.

Tale categoria di crimini presenta una particolare gravità a cagione del disvalore dell'odio (omofobico) che li sottende e li ispira. Come è stato recentemente affermato si tratta di “*delitti speciali*” perché l'agente traduce “*in fatto* un atteggiamento diffuso di omofobia “istituzionalizzata”<sup>46</sup>. Ad aggravare tali crimini vi è poi la circostanza che essi si commettono assai spesso da parte di gruppi riuniti ai danni di una sola vittima.

Nel contempo, la criminologia sottolinea, oltre al problema del numero oscuro<sup>47</sup>, gli effetti dannosi che i crimini a sfondo omofobico generano sulla vittima: la rielaborazione del trauma sarebbe ostacolata e resa particolarmente lunga in ragione della indifferenza che tali episodi suscitano nell'ambito del contesto socio-culturale circostante<sup>48</sup>.

### 3. Hate crimes e diritto penale

Occorre dunque indagare il significato e il sostrato di cui si caratterizza l'omofobia, nonché che cosa si debba intendere per crimine d'odio o *hate crime*. Sia l'Unione europea sia l'Ocse hanno contribuito in questi anni a chiarire questi termini e la loro realtà empirica.

Preliminare è l'inquadramento degli *hate crimes* all'interno dei quali vanno collocati i delitti d'odio omofobico, in un rapporto tra loro di genere a specie. Accogliendo la definizione data autorevolmente dall'Ocse, una delle maggiori organizzazioni impegnate nella lotta contro tali crimini, gli *hate crimes* sono quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere<sup>49</sup>.

La categoria degli *hate crimes* nasce nel contesto anglo-sassone: benché si tratti di crimini conosciuti sin dagli anni settanta, il termine viene diffuso in sede internazionale nel 2003, in occasione del Consiglio dei Ministri tenutosi a Maastricht nel dicembre 2003, ove si riconobbe la pericolosità dei crimini d'odio per le società democratiche e la necessità di combatterli vigorosamente<sup>50</sup>. La rilevazione statistica circa l'incidenza dei crimini d'odio, infatti, ha indotto la comunità internazionale ad interrogarsi sulla natura di tali crimini.

L'Ocse chiarisce in particolare che si tratta di crimini che si compongono di due elementi: innanzitutto una condotta che costituisce reato per la legge penale e in secondo luogo l'ispirazione di tale condotta ad un motivo di pregiudizio (*bias*) contro una “caratteristica protetta”, appartenente ad un gruppo, come può essere la razza, la lingua, la religione, l'etnia, la nazionalità o altre caratteristiche simili<sup>51</sup>.

In che modo i crimini d'odio differiscono dai crimini ordinari?

Come chiarisce l'Ocse, la differenza sta da un lato nel motivo che ispira l'autore di reato, ma soprattutto nel diverso impatto sortito dal reato sulla vittima.

“L'autore sceglie la vittima a cagione della sua appartenenza ad un gruppo; questo suggerisce che l'un membro del gruppo è intercambiabile con un altro. A differenza delle vittime di molti altri reati, le vittime di crimini d'odio sono scelte in base a ciò che esse rappresentano, piuttosto che in base a chi sono

45 S. Pinker, *cit.*, p. 447 s.

46 M. Winkler, G. Strazio, *cit.*, pp. 109-110.

47 Si sottolinea, infine, nella letteratura criminologica, come anche sul terreno dei crimini d'odio, e in particolare del *gay-bashing*, il noto problema del numero oscuro sia particolarmente grave: la maggior parte delle violenze, siano esse fisiche o verbali (*hate speech*) restano prive di denuncia, o per la convinzione della vittima di non aver subito alcun reato o anche per il timore di doversi dichiarare alla polizia, o ancora per l'alto numero di denunce di tale natura. Secondo dati provenienti dal governo inglese, solo 3 su 4 vittime di crimini omofobici hanno denunciato alla polizia l'aggressione subita e 7 su 10 vittime non hanno parlato con nessuno dell'episodio che li ha visti vittimizzati. Su tale studio, condotto con il patrocinio dell'*Home Office* inglese, si veda S. Dick, *Homophobic Hate Crime. The Gay British Crime Survey 2008*, [www.stonewall.org](http://www.stonewall.org), p. 5 ss.

48 Su tali studi si veda M. Winkler, G. Strazio, *cit.*, p. 111.

49 Si veda per tale definizione, Ocse, [www.osce.org](http://www.osce.org), nonché F. M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 1 ss.

50 Cfr. Ocse, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009, p. 7.

51 *Ibidem*, p. 16.

(...). I crimini d'odio sono finalizzati a intimidire la vittima e la comunità della vittima sulla base delle loro caratteristiche personali. Questi crimini mandano alla vittima il messaggio che si tratta di persona non gradita; tali crimini sortiscono l'effetto di negare alla vittima il diritto alla piena partecipazione sociale". E questo messaggio, prosegue l'Ocse, è indirizzato a tutti coloro che appartengono al gruppo protetto, cosicché "i crimini d'odio (...) possono danneggiare la 'fabbrica' della società e dividere le comunità"<sup>52</sup>.

Un chiarimento si impone necessariamente. Il termine *hate crimes* può infatti essere fuorviante. Molti crimini che sono motivati dall'odio non sono inquadrati all'interno dei crimini d'odio. Gli omicidi spesso sono motivati dall'odio: tuttavia essi non assurgono al rango di crimini d'odio, se non laddove la vittima sia stata prescelta in ragione della sua appartenenza ad un gruppo protetto, dato questo che assume dunque un'importanza centrale nella qualificazione degli *hate crimes*. Anche se i crimini d'odio possono essere sorretti da diverse motivazioni<sup>53</sup>.

Si tratta dunque di crimini descritti come "simbolici", crimini che, se volessimo ricalcare le parole di Martha Nussbaum, violano la pari dignità degli esseri umani. Ed è questa la ragione per cui l'Ocse ha ritenuto che i crimini d'odio costituiscano una categoria a parte di crimini: essi violano infatti il principio che sta alla base di ogni società civile, ossia il principio dell'uguaglianza e della pari dignità di tutti gli esseri umani, principio che, come chiarito anche da William Schabas, costituisce "il cuore della tutela dei diritti umani"<sup>54</sup>.

Ecco, dunque, che questi crimini, stigmatizzando un gruppo, causano maggior danno dei crimini ordinari. La vittima prima del crimine può subire conseguenze psicologiche nefaste, ma al tempo stesso la comunità cui la vittima appartiene viene intimidita e colpita, specie se si tratta di comunità storicamente fatte oggetto di discriminazione: ecco dunque che in gioco vi sono, secondo l'Ocse, anche problemi di sicurezza e ordine pubblico poiché rispetto ai crimini ordinari verrebbero vittimizzate un numero maggiore di persone, soprattutto verrebbe minata alla radice la coesione sociale<sup>55</sup>.

Se dunque si tratta di crimini "a parte", di crimini "speciali", in quanto crimini simbolici, quale trattamento deve essere loro riservato dal diritto? Quali strumenti di tutela dovranno apprestare le legislazioni nazionali? Soprattutto, sarà legittimo il ricorso al diritto penale?

Sono questi gli interrogativi che si pongono nell'attuale dibattito sui crimini d'odio. La dottrina appare oggi divisa fra chi si fa fautore del ricorso, sebbene a certe condizioni, alla legge penale<sup>56</sup>, e chi, in ragione delle peculiarità dei crimini ispirati dall'odio, invoca il ricorso a strumenti ispirati ad una giustizia riparativa<sup>57</sup>.

Nel primo senso si pronuncia l'Ocse. Scrive l'organizzazione internazionale: "le *hate crimes laws* sono importanti (...). Riconoscendo il danno provocato alla vittima, esse veicolano verso la vittima e verso il suo gruppo il messaggio che il sistema della giustizia penale li protegge"<sup>58</sup>.

Dinanzi a crimini "simbolici", dunque, la necessità di una legislazione penale simbolica.

Le argomentazioni addotte a sostegno di una tale conclusione da parte dell'organizzazione internazionale sono sia di ordine pratico che di ordine teorico. Da un lato, il fatto che spesso legislazioni penali contro i crimini d'odio sono precedute da lunghi dibattiti parlamentari e all'interno della società civile, dibattiti i quali possono sensibilizzare rispetto al tema degli *hate crimes*; una volta approvate, tali

52 *Ibid.*, p. 17.

53 Tra queste, l'Ocse annovera: il risentimento, la gelosia, o il desiderio di approvazione verso la vittima appartenente al gruppo; sentimenti ostili verso il gruppo di appartenenza della vittima; sentimenti ostili verso qualsiasi gruppo differente da quello in cui l'autore del reato si identifica; oppure una ostilità verso un'idea astratta, come potrebbe essere l'immigrazione. *Ibidem*, p. 18.

54 Così W. Schabas, *War crimes and Human Rights. Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*, London, Cameron May Publishing, 2008, nell'Introduzione.

55 Osce, *Hate Crimes*, cit., p. 20.

56 In dottrina, in tal senso, per esempio sul terreno dei crimini d'odio omofobico, E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 1, p. 28 ss., nonché nello stesso senso, alla luce di un'indagine comparata, L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012, pp. 3-4.

57 Si esprimeva in tal senso nella propria relazione, nell'ambito del Convegno dal titolo *Preventing and Responding to Hate Crimes: the Italian Experience*, tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 17 dicembre 2012, C. Mazzucato, *Il diritto penale italiano e gli hate crimes*.

58 Nel documento Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, cit., p. 7, nonché p. 21 ss.

legislazioni penali sarebbero capaci di aumentare la conoscenza e le informazioni in merito a tali crimini grazie ad una raccolta di dati quantitativi e di casistica giurisprudenziale<sup>59</sup>.

Sotto il profilo teorico, un trattamento sanzionatorio aggravato riservato ai crimini d'odio dal diritto penale sarebbe giustificato quale strumento per esprimere con forza la condanna della società rispetto a tali crimini per la loro maggior "dannosità sociale" e soprattutto per il grado maggiore di colpevolezza dell'autore, in considerazione del motivo d'odio che lo anima<sup>60</sup>.

In effetti, le argomentazioni spese dall'Ocse non appaiono del tutto prive di fondamento.

Un delitto commesso per motivi d'odio (sia esso razziale, omofobico, o d'altra natura) espone l'agente ad un rimprovero più intenso rispetto ad un delitto commesso per un motivo differente: applicare dunque un aggravamento di pena non appare in contrasto con i principi penalistici, nemmeno con la scelta per un diritto penale oggettivistico, il quale, benché centrato su un diritto offensivo di beni giuridici, non può nemmeno rinunciare a valorizzare le componenti soggettive del reato (accade spesso che le circostanze del reato siano impiegate sui motivi)<sup>61</sup>.

Né appare priva di rilievo, sotto l'angolazione di una funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale della pena, l'argomentazione dell'utilizzazione dello strumento penale nella lotta ai crimini d'odio.

Si pensi, a *fortiori*, benché si tratti di categorie giuridiche differenti, che gli *hate crimes* vengono talora avvicinati, quanto a gravità, al crimine di genocidio, il più grave tra i crimini internazionali. Il genocidio richiede infatti l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso<sup>62</sup>.

Non solo. Uno sguardo alle legislazioni straniere consente di evincere come il ricorso allo strumento penalistico sia considerato irrinunciabile in molti ordinamenti giuridici. *Hate Crime Laws* si riscontrano infatti in numerosi Paesi: raramente il motivo d'odio è stato elevato a crimine autonomo, più spesso invece è stata prevista una circostanza aggravante in corrispondenza di reati commessi con motivo d'odio<sup>63</sup>.

Sul fatto che anche i crimini d'odio omofobico facciano parte della categoria degli *hate crimes* non si può dubitare (benché non in tutte le *hate crimes laws* si riscontri fra le categorie protette anche quella dell'orientamento sessuale): si tratta infatti di crimini inquadrabili nel fenomeno noto sotto il nome di "omofobia".

Lo si evince dalla definizione di omofobia contenuta da ultimo nella *Risoluzione sull'omofobia in Europa* del maggio del 2012, secondo la quale l'omofobia è "una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo". Come chiarisce l'Unione europea, tale fenomeno si manifesta, sia nella sfera pubblica che in quella privata, sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, giustificate con motivi di ordine pubblico, di libertà religiosa e di diritto all'obiezione di coscienza<sup>64</sup>.

Molte di tali condotte assurgono al rango di fatti penalmente rilevanti e possono essere inquadrare nell'ampia categoria criminologica in esame, quella dei cd. *hate crimes* (che comprendono al loro interno anche l'*hate speech*), ossia quei crimini, preme ricordarlo, commessi nei confronti di determinati soggetti

59 Così *ibidem*, p. 22.

60 *Ibid.*, pp. 22-23.

61 In tal senso molto efficacemente già E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., pp. 33-34.

62 In via preliminare si può dire che il genocidio consiste nell'uccisione, la distruzione, lo sterminio di gruppi o membri di un gruppo in quanto tali. Quanto all'elemento oggettivo suindicato esso è contemplato nell'art. II della Convenzione sul genocidio del 1948 e ripreso dall'art. 6 dello Statuto di Roma. Peculiare nel delitto di genocidio è l'atteggiarsi dell'elemento soggettivo: l'agente deve aver agito con dolo specifico, ossia con l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso. Nonostante l'art. 6 non lo preveda espressamente, perché siano punibili gli atti di genocidio è necessario che siano commessi in quanto parte di un attacco ampio e sistematico o di un piano ampio e generalizzato di distruzione di un gruppo. Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, I, *Diritto sostanziale*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 121 ss.

63 Ocse, *Hate Crimes*, cit., pp. 32-33, nonché Ilga Europe, *The Rainbow Europe Map*, al sito [www.ilga-europe.org](http://www.ilga-europe.org).

64 Si veda il sito del Parlamento europeo, [www.europarl.europa.eu/portal.it](http://www.europarl.europa.eu/portal.it).

a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere<sup>65</sup>.

La testimonianza che tali delitti d'odio omofobico sono diffusi e che, più in generale, il fenomeno dell'omofobia, in tutte le forme sopra ricordate, sia un fenomeno fortemente radicato nella realtà sociale, ci è data — come chiarisce anche la Corte europea dei diritti umani nei suoi più recenti pronunciamenti — dalle rilevazioni statistiche<sup>66</sup>. Se infatti nell'ordinamento italiano non si registrano dati statistici significativi sui crimini d'odio, assai più ricca e dettagliata è invece la raccolta di dati quantitativi operata nei Paesi anglosassoni, segnale, oltre che, è noto, di una ben più risalente tradizione di studi empirici rispetto alla nostra, di una maggior consapevolezza della grave realtà degli *hate crimes*, cui va senz'altro ascritta l'omofobia, spesso accompagnata da previsioni penali, e, in definitiva, di una maturità culturale assente nel nostro Paese.

Emblematico un dato statistico su tutti: stando alle recenti statistiche raccolte dall'*Home Office* inglese, il noto dipartimento del Governo britannico deputato, tra l'altro, alla raccolta dei dati in materia di giustizia, i dati sui crimini d'odio relativi all'Inghilterra e al Galles e aggiornati agli anni 2011 e 2012 registrano 43.748 crimini di tale natura<sup>67</sup>. In particolare, disaggregando il dato sulla base dei diversi fattori di discriminazione, emerge che su un totale di 43.748 *hate crimes*, l'82% (35.816 in valore assoluto) è rappresentato da crimini a sfondo razziale; immediatamente dopo, con una percentuale pari al 10% del totale (4.252 crimini), si posizionano i crimini ispirati da odio omofobico.

Tali dati segnalano chiaramente la consistenza dei reati ispirati da discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, reati inferiori numericamente solo ai delitti motivati da discriminazione razziale.

Si capisce dunque perché oggi la Corte europea dei diritti umani equipari la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale alla discriminazione razziale<sup>68</sup> e perché si affermi, che, se tradizionalmente il crimine d'odio è per antonomasia il crimine d'odio razziale, oggi quest'ultimo si contende il campo, per così dire, con i delitti ispirati da omofobia<sup>69</sup>. La vicinanza fra razzismo e omofobia si deve poi evidenziare sul terreno della tutela giuridica delle vittime di discriminazioni omofobiche: tale tutela si è ispirata e si è modellata sulla norma penale (spesso una circostanza aggravante) a protezione delle vittime di atti di discriminazione razziale.

Da una recente indagine comparata, condotta sulle previsioni di legge contro l'omofobia in Europa e nei Paesi anglo-sassoni, si evince che, facendo tesoro della acquisizione criminologica circa la gravità dei crimini d'odio, e fra questi dei crimini a sfondo omofobico, sono molte le legislazioni che hanno scelto di punire gli *hate crimes* agiti nei confronti degli omosessuali (e più in generale delle persone LGBT)<sup>70</sup>.

Tali legislazioni si rintracciano dapprima nel contesto anglosassone — ove i dati statistici sono allarmanti: nell'ordinamento statunitense, a far data dal 2009, con il c.d. *Matthew Shepard Act*, esiste una tutela specifica contro gli atti di violenza omofobica<sup>71</sup>. La maggioranza degli Stati americani si è dotata oggi di *hate-crime laws* le quali prevedono un inasprimento del trattamento sanzionatorio — leggi che hanno dunque scelto la via della previsione di una circostanza aggravante, anziché della figura autonoma di reato — per la violenza omofobica, motivata dal cd. *sexual orientation* della vittima (nonché motivata da odio razziale, religioso, o dall'identità di genere)<sup>72</sup>. Analogamente nel panorama anglosassone si segnala l'esperienza del Regno Unito. Nel Regno Unito non si rinviene una specifica definizione legislativa dell'omofobia, tuttavia tale fenomeno viene punito nel quadro più generale della repressione dei

65 Così si esprime l'Ocse. Cfr. [www.osce.org](http://www.osce.org), nonché F. M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, cit., p. 1 ss.

66 Cfr. sul punto L. Goisis, *Libertà d'espressione*, cit., 418 ss., in part. 421.

67 Home Office, *Hate Crimes, England and Wales 2011-2, 2012*, reperibile al sito [www.homeoffice.gov.uk](http://www.homeoffice.gov.uk). Dati analoghi si registrano per il contesto statunitense. La conclusione circa la forte diffusione dell'omofobia è comprovata infatti dalle statistiche che provengono dal *Federal Bureau of Investigation* americano. Attingendo all'*Uniform Crime Report*, si evince che, nel 2010, sono stati 6.628 i crimini d'odio perpetrati ai danni di vittime (7.699) appartenenti a gruppi sociali determinati: per il 48,4% si è trattato di crimini affetti da *racial bias*, ossia di crimini ispirati da odio razziale; a seguire, per il 19,3%, da crimini caratterizzati da *sexual orientation bias*, ossia crimini commessi in ragione dell'orientamento sessuale della vittima. Può essere opportuno segnalare che l'odio omofobico, stando ai dati statistici statunitensi, si rivolge maggiormente contro l'omosessualità maschile piuttosto che contro quella femminile e che si rivolge più direttamente contro la persona piuttosto che verso la proprietà. Cfr. *Fbi, Uniform Crime Report, Hate Crime Statistic 2010, 2012*, reperibile al sito [www.fbi.gov](http://www.fbi.gov).

68 Cfr. L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 425.

69 Cfr. Id., *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 3.

70 Ci sia consentito rimandare per tale indagine comparata a L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., p. 7 ss.

71 Cfr. S. Pinker, cit., p. 453; M. Winkler, G. Strazio, cit., p. 113, nonché il sito [www.justice.gov](http://www.justice.gov).

72 S. Pinker, *ibidem*.



reati connotati dall'odio razziale o religioso verso le vittime, così come dalla discriminazione in ragione del loro orientamento sessuale (*hate crime*).

Nel panorama europeo, secondo un Rapporto stilato in seno al Consiglio d'Europa sull'omofobia, emerge che, nonostante l'incidenza sempre più marcata di crimini omofobici e transfobici in Europa, solo in 18 Paesi membri tali condotte costituiscono reato e solo in 14 di questi il motivo omofobico costituisce una circostanza aggravante dei reati comuni. In soli due Paesi il crimine d'odio omofobico è contemplato come tale<sup>73</sup>. Non mancano, al contrario, Paesi in cui è piuttosto oggetto di incriminazione "la propaganda omosessuale". Tra gli altri, Paesi che si sono efficacemente dotati di *hate crime laws* sono la Francia, ove la tutela contro la violenza omofobica è stata affidata *in primis* ad una circostanza aggravante e poi ad una autonoma figura di reato<sup>74</sup>; il Belgio che prevede a partire dal 2007 una articolata disciplina che, accanto alla previsione dell'aggravante omofobica, contempla anche specifici reati ispirati da disprezzo verso l'orientamento sessuale della vittima<sup>75</sup>; la Germania ove — lo si ricordi — l'omosessualità ha costituito reato sino al 1969, nella nota previsione del § 175 StGB e ove sino al 1994 l'omosessualità maschile fra minori è stata penalizzata<sup>76</sup>; la Spagna, ove nell'ambito del Codice penale esistono disposizioni riguardanti la discriminazione in base all'orientamento sessuale, fatta oggetto di autonome previsioni di reato e si considera il movente omofobico come circostanza aggravante comune<sup>77</sup>; la Georgia, l'Ungheria. Occorre, da ultimo, ricordare che non mancano legislazioni straniere le quali hanno dato alle norme antiomofobia una veste e una garanzia costituzionale<sup>78</sup>.

#### 4. L'omofobia in Italia

La recrudescenza degli atti di violenza omofobica è in crescita anche in Italia: pur in assenza di dati statistici ufficiali riferiti al contesto italiano, non si può disconoscere che le testimonianze della presenza di una forte violenza omofobica anche nel tessuto sociale italiano sono numerose ed attendibili<sup>79</sup>. Ciò dimostra chiaramente la vulnerabilità dei soggetti LGBT, in quanto vittime sistematiche di aggressioni motivate dalla sola avversione verso il loro orientamento sessuale<sup>80</sup> e rende urgente e pienamente giustificato l'intervento del legislatore e, innanzitutto, a nostro avviso, sulla scia dei suggerimenti dell'Ocse e della stessa Unione europea nella nota Direttiva 29/2012 a tutela delle vittime di reato, del legislatore penale, il quale, anche in nome della pari dignità degli esseri umani, dovrà approntare una tutela rafforzata di soggetti che la realtà criminologica dimostra trovarsi in condizioni di debolezza e di vulnerabilità<sup>81</sup>.

Il nostro Paese, tuttavia, non dispone di alcuna legge antiomofobia, né contempla norme penali, di rango ordinario, che incriminino o aggravino il trattamento sanzionatorio per la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della vittima. Se nel contesto italiano non si discute più in merito

73 T. Hammarberg, *Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 2011, p. 7.

74 Cfr. sull'ordinamento francese, più diffusamente L. Goisis, *cit.*, pp. 9-11.

75 *Id.*, *cit.*, pp. 11-12.

76 Cfr. E. Dolcini, *Omosessualità*, *cit.*, p. 4, nonché L. Goisis, *cit.*, p. 12.

77 Più diffusamente sul sistema spagnolo, L. Goisis, *cit.*, pp. 12-14.

78 Si pensi per esempio al Portogallo. Si veda L. Goisis, *cit.*, p. 14.

79 Innanzitutto vengono in considerazione i rapporti stilati da Arcigay. Stando al rapporto disponibile per il 2011, ma i dati sono confermati dalle rilevazioni più recenti, emerge che i casi di cronaca riportati dalla stampa sono molto frequenti e gravi: si dà infatti conto di violenze, aggressioni ed insulti - circa una trentina di episodi, un dato dunque in crescita rispetto agli anni passati, ove si registravano ventiquattro aggressioni e due omicidi - di estorsioni e rapine (oltre una decina di episodi, in crescita rispetto al 2010), atti di bullismo (cinque episodi, anch'essi cresciuti rispetto all'anno precedente), nonché atti di vandalismo e numerosi inspiegabili divieti. Cfr. S. Bolognini, (a cura di), *Report. Omofobia in Italia 2011*, 2011, Arcigay, p. 2 ss., reperibile al sito [www.arcigay.it](http://www.arcigay.it). Cfr. altresì S. Bolognini, (a cura di), *Report. Omofobia in Italia 2010*, 2010, Arcigay, p. 2 ss., reperibile al sito [www.arcigay.it](http://www.arcigay.it), nonché rispetto agli anni 2008-2009, M. Chiulli, *Maledetti froci & maledette lesbiche. Libro bianco (ma non troppo) sulle aggressioni omofobe in Italia*, Roma, Ed. Internazionali Riuniti, 2010, p. 19 ss. Sulle rilevazioni più recenti vedi diffusamente E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 16, nonché il sito [www.arcigay.it](http://www.arcigay.it).

80 Su tale vulnerabilità, si veda E. Dolcini, *Omosessualità*, *cit.*, p. 9.

81 Così *Id.*, *Omofobia e legge penale*, p. 25 ss., nonché *Id.*, *Omosessualità*, *cit.*, pp. 8-9.

alla criminalizzazione delle condotte omosessuali — anche la giurisprudenza più recente riconosce l'omosessualità quale "condizione personale di tutela alla luce dei principi costituzionali del nostro Paese" (dunque motivo di protezione internazionale)<sup>82</sup> — si dibatte invece in merito all'opportunità e alla legittimità di punire gli atti di discriminazione commessi ai danni delle persone omosessuali, nonché di punire con una pena aggravata, prevedendo dunque una circostanza aggravante, quei reati commessi in ragione dell'omosessualità della vittima<sup>83</sup>.

La prima proposta — ossia la previsione come autonoma fattispecie di reato degli atti di discriminazione a cagione dell'omofobia — è stata trasfusa nel Progetto di legge (AC 2807, a nome Di Pietro) presentato nell'ottobre del 2009 in Parlamento e finalizzato a modificare la legge di ratifica della Convenzione del 1966 sul razzismo (Legge 13 ottobre 1975, n. 654) e il c.d. Decreto Mancino, ossia la Legge 25 giugno 1993, n. 205, al fine di estendere ai comportamenti fondati sull'omofobia e la transfobia ipotesi delittuose previste per atti commessi per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi (il progetto prevedeva altresì l'estensione dell'aggravante dell'odio razziale di cui all'art. 3 del c.d. Decreto Mancino anche ai reati commessi per motivi fondati sull'omofobia e sulla transfobia).

La seconda soluzione — la previsione di una circostanza aggravante comune o speciale — è invece stata prospettata nel Progetto di legge unificato AC 2802 e AC 2807, presentato dall'On. Paola Concia nel novembre del 2010: il progetto di legge prevedeva l'introduzione nella parte speciale del codice penale di due aggravanti agli artt. 599-bis e 615-quinquies c.p., con un aumento di pena sino ad un terzo per tutti i delitti contro la persona, ad eccezione dei reati a tutela dell'inviolabilità dei segreti, quando siano commessi "in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa". Non sono mancate proposte di introduzione dell'aggravante omofobica nel corpo dell'art. 61 c.p., con la previsione di un comma 11-quater, esclusivamente applicabile ai delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, o la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale ("l'aver commesso il fatto (...) per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato", nella proposta Concia-Di Pietro; "l'aver (...) commesso il fatto per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi", nella proposta Soro)<sup>84</sup>.

È noto che il Parlamento italiano ha sistematicamente respinto i diversi disegni di legge presentati, da ultimo nel novembre del 2012, accogliendo in diverse occasioni due questioni di pregiudizialità, basate sul principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione, nonché sul principio di legalità (in particolare sul principio di precisione) ai sensi dell'art. 25, comma 2 della Costituzione<sup>85</sup>.

Si tratta di questioni che in realtà appaiono entrambe prive di fondamento se riguardate alla luce delle argomentazioni spese nel presente saggio: soprattutto il c.d. argomento della 'discriminazione alla rovescia' è sconfessato sol che si ponga mente ai dati statistici più recenti sugli *hate crimes* i quali testimoniano la diffusione e la pervasività della violenza omofobica, deponendo nel senso di una condizione di debolezza e di vulnerabilità di un gruppo, quello delle persone LGBT, comprovata altresì dalle acquisizioni criminologiche sulla gravità dei crimini d'odio omofobico, condizione che l'imperativo dell'uguaglianza non solo suggerisce, ma impone di tutelare, secondo un principio di tutela differenziata delle situazioni oggettivamente diverse, in ossequio al principio di ragionevolezza<sup>86</sup>.

Non solo. Ci pare che l'argomentazione di Martha Nussbaum, dalla quale abbiamo preso le mosse nell'*incipit* del presente saggio, vadano ricordate anche a tal proposito: così come la disapprovazione dell'atto omosessuale finisce per trasferirsi sulla persona che ne è autrice, la quale verrebbe così discriminata, così la mancata criminalizzazione delle condotte omofobiche, si tradurrebbe, appunto, in una violazione della pari dignità della persona<sup>87</sup>. Si tratta cioè del principio di *non-domination* espresso dalla Nussbaum: il principio di uguaglianza e il rispetto della pari dignità della persona, di cui sono garanzia le previsioni costituzionali come la nostra, comportano non solo che non si effettui alcuna discriminazione fra i consociati, ma anche che i legislatori si adoperino al fine di evitare che i germi dell'odio

82 Sul tema si veda di recente M. Winkler, *La VI sezione civile della Cassazione torna sul tema della protezione internazionale per orientamento sessuale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012, p. 1 ss.

83 Cfr. E. Dolcini, *Omosessualità*, cit., p. 8, nonché Id., *Omofobia*, cit., p. 25 ss.

84 Cfr. E. Dolcini, cit., p. 30.

85 Vedi Id., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 1393 ss.

86 Così Id., *Omosessualità*, cit., pp. 8-9; nonché Id., *Omofobia*, cit., p. 25 ss.

87 Sul pensiero liberal-progressista di Martha Nussbaum, condiviso dallo studioso, diffusamente Id., cit., p. 230.

sedimentino<sup>88</sup>. In tal senso si è espressa di recente in maniera decisa, in una sentenza di portata storica, anche la Corte europea dei diritti umani<sup>89</sup>.

In attesa di un cambio di rotta nel panorama politico italiano, non si può non suggerire al futuro legislatore italiano che il suo compito è facilitato laddove si pensi alla presenza nel nostro ordinamento di un sistema di repressione dei crimini d'odio razziale (etnico, nazionale e religioso) che, avvalendosi di entrambe le tecniche legislative, ovvero sia della circostanza aggravante che della fattispecie autonoma di reato, con la legge del 1975, la Legge Reale, integrata dal c.d. Decreto Mancino, predispone una tutela penale assai efficace contro i crimini d'odio.

Da un lato, infatti, vengono previste diverse ipotesi di reato: nella versione originaria della Legge Reale, la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico — oggi tale previsione è stata novellata dall'art. 13 della Legge 24 febbraio 2006, n. 85 in materia di reati di opinione sicché non è più incriminata la mera diffusione, espressione palesemente generica, quanto piuttosto la "propaganda" delle medesime idee. Viene altresì previsto, nella versione originaria, il reato di incitamento a commettere atti di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oggi divenuto a seguito della novella del 2006, "istigazione" al compimento dei medesimi atti. È vietata altresì ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Viene inoltre incriminata l'istigazione a commettere o il compimento di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi.

D'altro lato, il noto art. 3 della Legge Mancino introduce l'aggravante dell'odio razziale: "per i reati punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà".

È evidente allora che, pur restando margini ampi di discussione sulla miglior formulazione delle norme penali di contrasto all'omofobia — modellare le norme che prevedono come reato gli atti di discriminazione omofobica in maniera rispettosa del principio di precisione sull'esempio di legislazioni straniere, specie quella francese, l'uso dell'espressione "reati commessi per omofobia/transfobia", piuttosto che "reati commessi in ragione dell'omosessualità o transessualità della vittima, piuttosto che "in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere della vittima", l'uso del termine "ragione", "finalità" piuttosto che "motivi" — è alla Legge Reale-Mancino e al suo collaudato impianto antidiscriminatorio che si deve guardare per contrastare il fenomeno dell'omofobia.

In questa direzione, sembrando così accogliere il monito della dottrina, si pone anche il recente intervento del legislatore trasfuso nel Disegno di legge AS 1052, il c.d. "Decreto Scalfarotto". Il disegno di legge — frutto di tre proposte unificate, la proposta Scalfarotto (AC 245), la proposta Fiano (AC 280), la proposta Brunetta (AC 1071) —, in linea con l'idea europea di una assimilazione fra l'odio razziale e l'odio omofobico<sup>90</sup>, estende a comportamenti "fondati sull'omofobia o sulla transfobia" le attuali norme incriminatrici della Legge Reale-Mancino: in particolare l'estensione avviene con riferimento agli atti di discriminazione e all'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 1, lett. a, parte II, L. 654/1975), agli atti di violenza (nonché alla provocazione alla violenza e all'istigazione alla commissione di tali atti) per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 1, lett. b, L. 654/1975), alla costituzione e promozione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché alla partecipazione a tali organizzazioni (art. 3, comma 3, L. 654/1975)<sup>91</sup>. È prevista altresì l'estensione della circostanza aggravante di cui all'art. 3, comma 1, L. 205/1993 (la c.d. aggravante dell'odio razziale) ai delitti fondati sull'omofobia e la transfobia.

È stata invece omessa, a nostro avviso opportunamente, l'estensione per il delitto di propaganda di idee razziste di cui all'art. 3, comma 1, lett. a, parte I, L. 654/1975. Il legislatore, nell'operare tale omissione, sembra infatti aver preso atto della necessità di evitare la creazione di nuovi reati di opinione. Come è stato osservato icasticamente, infatti, "c'è un'unica seria obiezione che si può avanzare, oggi, contro la proposta di estendere — ad opera del legislatore — le previsioni della Legge Reale e della Legge Mancino

88 Cfr. M. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011, p. 96 ss.

89 Si tratta della nota sentenza della Corte europea dei diritti umani del 9 febbraio 2012, Sez. V., *Vejdeland e altri c. Svezia*. Cfr. su tale recente sentenza della Corte Edu in materia di *hate speech* omofobico e diritto penale, L. Goisis, *Libertà d'espressione*, pp. 418 ss.

90 Cfr. L. Goisis, *Libertà d'espressione*, cit., p. 425.

91 Si è inoltre avuta l'estensione in parola con riferimento alle manifestazioni esteriori usuali delle organizzazioni razziste o l'esibizione dei loro simboli in pubbliche riunioni, nonché l'accesso con tali simboli a luoghi in cui si svolgono competizioni agonistiche (art. 2, comma 1 e 2 L. 205/1993).

no ai comportamenti di matrice omofobica (...). Il problema riguarda il contemporaneo contrasto all'omofobia con la *libertà di manifestazione del pensiero* (art. 21 Cost.)<sup>92</sup>.

Proprio in tal senso si apprezza, pur nella pessima formulazione legislativa<sup>93</sup>, la previsione da parte del Disegno di legge di una norma definitoria che vuole essere una definizione in negativo di ciò che costituisce "discriminazione". Il testo del comma 3 bis, da inserire nell'art. 3 della Legge 654/1975 e frutto del c.d. emendamento "Verini-Gitti", recita infatti che "non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, d'istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni". Ci pare che tale norma, benché necessiti di una formulazione più chiara e di una decisa razionalizzazione, pena il rischio di porsi in contrasto con un fondamentale principio del diritto penale che è il principio di legalità, segnatamente il principio di precisione o sufficiente determinatezza<sup>94</sup>, nonché il principio della riserva di legge (laddove si parla di condotte conformi al diritto vigente)<sup>95</sup>, vada nella direzione da noi già indicata in passato di un tentativo di definizione di ciò che costituisce discriminazione, secondo quanto già fatto da altri legislatori (penso a quello francese)<sup>96</sup>, una scelta, quest'ultima, senz'altro da apprezzare: soprattutto ci pare un doveroso tentativo di individuare un confine fra *hate speech* omofobico penalmente rilevante e penalmente irrilevante, ossia, in altre parole, un tentativo di individuare i *limiti* della libertà di manifestazione del pensiero, ciò che costituisce il vero punto dolente di ogni normativa di contrasto all'omofobia<sup>97</sup>.

In altre parole, condividiamo come apprezzabile l'ispirazione della norma, la quale meriterebbe una profonda rimodulazione, possibilmente attraverso una definizione in positivo di ciò che costituisce discriminazione: non si può nascondere, tuttavia, che l'effetto di una recezione pedissequa di tale previsione potrebbe comportare, come acutamente osservato di recente, un indebolimento della tutela penale (apprestata dalla Legge Reale-Mancino) "per tutte le minoranze in Italia"<sup>98</sup>.

Da ultimo, il plauso deve andare alla previsione del Disegno di legge che contempla (art. 2 D.d.l. AS 1052) un programma di rilevazione statistica, nel nostro Paese oggi assente, come già da noi denunciato in altre occasioni<sup>99</sup>, deputato a verificare l'applicazione della legge, nonché la implementazione di politiche di contrasto alla discriminazione e alla violenza di matrice razziale e omofobica: ciò consentirebbe, come acutamente osservato, di valutare l'efficacia di una legislazione penale di contrasto all'omofobia e dunque la stessa natura simbolica o meno di una tale normativa<sup>100</sup>.

Si tratta di verificare ora se la previsione che a questo Disegno di legge si aprono oggi "prospettive più favorevoli (o meno sfavorevoli) in Parlamento"<sup>101</sup> troverà compimento.

92 Sul punto efficacemente E. Dolcini, *Omofobi*, cit., p. 22.

93 Per una approfondita disamina dei motivi di perplessità suscitati da tale disposizione si veda E. Dolcini, *Omofobi*, cit., p. 26 ss.

94 Conf. L. Morassutto, *Omofobia e transfobia: il trucco c'è...e si vede*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) e in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2013, p. 1 del saggio telematico.

95 Sul punto si veda E. Dolcini, *Omofobi*, cit., p. 27. L'A. fa osservare come "questa formula, nella sua ampiezza e genericità, parrebbe riferibile anche a fonti del diritto di rango inferiore alla legge (ad es. un'ordinanza comunale). Se così fosse, i contorni di alcune tra le figure di reato descritte nell'art. 3 della L. 654/1975 (...) sarebbero però esposti all'erosione prodotta dalle più svariate fonti del diritto: l'art. 3, co. 3 bis, L. 654/1975 si porrebbe dunque in contrasto con il *principio di riserva di legge* ex art. 25, co. 2, Cost., che attribuisce alla *legge dello Stato* (a mio avviso, alla sola *legge formale* dello Stato) il monopolio della produzione delle norme incriminatrici".

96 Cfr. L. Goisis, *Omofobia*, cit., p. 10.

97 Sia consentito rinviare alle considerazioni già svolte in Id., *Libertà d'espressione e odio omofobico*, cit., 418 ss.

98 Per questa osservazione v. L. Morassutto, *cit.*, p. 1.

99 L. Goisis, *Omofobia*, cit., p. 3.

100 Sul punto E. Dolcini, *Omofobi*, cit., p. 28 ss.

101 Su tale previsione si esprime E. Dolcini, *Omofobi*, cit., p. 9.



Mia Caielli\*

## Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di *hate speech*

### Sommario

1. Premessa: la rilevanza giuridica dell'omofobia – 2. L'*hate speech*: alla ricerca di una definizione della fattispecie e delle ragioni che giustificano la sua condanna – 3. L'*hate speech* come reato: il “via libera, ma con cautela” dei giudici di Strasburgo – 4. Sull'attuale sanzionabilità civilistica e penalistica delle esternazioni omofobe, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di discriminazione per orientamento sessuale – 5. La perdurante assenza del reato di *hate speech* omotransfobico: considerazioni sulle ambiguità del d.d.l. Scalfarotto

### Abstract

Sebbene la repressione penale dell'omofobia, nelle sue molteplici configurazioni, accomuni diversi ordinamenti giuridici europei e non, ancora acceso è il dibattito sulla sua costituzionalità e, in particolare, sulla sua compatibilità con la libertà di espressione. La Corte di Strasburgo non pare essere ancora riuscita a delineare i confini entro i quali possono muoversi i legislatori nazionali, mentre spunti interessanti giungono dai giudici dell'Unione europea che, pronunciandosi sulla portata del divieto di discriminazione per orientamento sessuale, hanno suggerito soluzioni alternative per la repressione (civilistica) di alcune tipologie di esternazioni omofobe. Queste paiono particolarmente utili in considerazione della perdurante assenza, nell'ordinamento giuridico italiano, del reato di *hate speech* omofobico, reato di cui non v'è traccia neanche nel d.d.l. Scalfarotto.

*Even if many European and non-European countries have legislated against homophobic hate speech, the debate concerning the constitutionality of such crime is still vivid because of the limits it imposes to the exercise of the fundamental freedom of expression. The Strasbourg Court's jurisprudence on the topic is still not clear and constant, while the interpretation of the ban of discrimination on grounds of sexual orientation recently given by the Court of Justice of the European Union might suggest some alternative solutions for combating homophobic expressions. These seem to be useful to the Italian legal system where homophobic hate speech is not punished and is not even included in the “anti-homophobia” bill currently before Parliament.*

\* Ricercatrice di Diritto pubblico comparato, Università di Torino. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

## 1. Premessa: la rilevanza giuridica dell'omofobia

Il termine “omofobia”, seguito a breve distanza dal termine “transfobia”, fa la sua comparsa nel linguaggio giuridico in un'epoca relativamente recente che coincide con il momento in cui, tanto a livello nazionale che europeo e internazionale, inizia a manifestarsi l'esigenza di tutelare l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Una delle prime definizioni di tale neologismo è quella offerta dal Parlamento dell'Unione europea nella sua *Risoluzione sull'omofobia in Europa* del 2006 in cui, al considerando B, l'omofobia viene descritta come «una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT) basata sul pregiudizio». Ora, per quali ragioni quello che viene descritto come un sentimento dovrebbe assumere rilevanza giuridica e impegnare conseguentemente dottrina, giudici e legislatori nella riflessione sulle misure più idonee e appropriate per contrastarlo? La ragione va rinvenuta nel fatto che tale peculiare paura tende a esplicarsi attraverso comportamenti pregiudizievoli per la comunità omosessuale e transessuale: nella Risoluzione appena citata, infatti, si spiega che l'omofobia «si manifesta nella sfera pubblica e in quella privata sotto forme diverse, come le dichiarazioni inneggianti all'odio e l'istigazione alla discriminazione, la ridicolizzazione, la violenza verbale, psicologica e fisica così come la persecuzione e l'omicidio, la discriminazione in violazione del principio di parità, nonché le limitazioni ingiustificate e irragionevoli dei diritti»<sup>1</sup>.

Il rifiuto delle molteplici modalità di manifestazione dell'omofobia e della transfobia è stato affermato a più riprese da documenti di *soft-law* sia dell'Unione europea, sia del Consiglio d'Europa<sup>2</sup>: la repressione dei fenomeni riconducibili all'odio omotransfobico occupa quindi da qualche tempo un posto non irrilevante nell'agenda politica internazionale ed europea e, di conseguenza, in quella della maggior parte degli ordinamenti democratici del mondo.

Tutt'altro che agevole si sta però rivelando la scelta delle misure normative che il raggiungimento di tale obiettivo richiede di adottare: le esitazioni di alcuni legislatori statali, tra cui rientra senz'altro il Parlamento italiano, non sono solo da ascrivere a perplessità di natura politica riguardanti, ad esempio, l'utilità e l'opportunità di risposte penali alla domanda di protezione dalle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, oppure a tenaci resistenze dettate da tattiche partitiche o fanatismi di tipo ideologico-religioso<sup>3</sup>, bensì, talvolta, anche ai dubbi di costituzionalità che alcune misure normative potrebbero sollevare: al riguardo, basti ricordare l'accidentato *iter* dei progetti di legge presentati nel corso della XVI legislatura la cui discussione si è interrotta in conseguenza dell'approvazione di diverse pregiudiziali di costituzionalità<sup>4</sup>.

Tali dubbi riguardano, seppure in misura diversa, tutte le misure penali, variamente configurate, volte al contrasto di omofobia e transfobia che possono ascriversi alle categorie dei c.d. crimini d'odio (*hate crimes*) e dei c.d. discorsi d'odio (*hate speeches*). Occorre premettere che la distinzione tra le due categorie di reati è tutt'altro che pacifica in dottrina, né riesce sempre a emergere con chiarezza nelle legislazioni nazionali già in vigore e nei progetti di legge attualmente in discussione nelle aule parlamentari. Si cercherà quindi nel presente contributo di tracciare, *in primis*, una linea di demarcazione tra le due tipologie criminose, per poi rivolgere l'attenzione alle questioni giuridiche connesse alla sanzione penale della mera esternazione omotransfobica, su cui il dibattito politico e dottrinario non accenna a spegnersi e su cui né le corti costituzionali nazionali, né la Corte europea dei diritti umani, quali «giurisdizioni (almeno) materialmente costituzionali delle libertà»<sup>5</sup>, hanno ad oggi espresso un orientamento consolidato.

- 1 Tale definizione è riprodotta anche nella successiva *Risoluzione sulla lotta all'omofobia in Europa* del 24 maggio 2012 (considerando B).
- 2 Oltre che delle Nazioni Unite: il riferimento è alla *Risoluzione su diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* del Consiglio dei diritti umani del 2011, in cui si sottolinea la necessità di contrastare gli atti di violenza motivati dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima.
- 3 «Soltanto un'anima candida può credere che la battaglia sulla legge contro l'omofobia si combatta davvero sul piano del diritto», in E. Dolcini, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale processuale*, 2011, p. 1395.
- 4 Su tali progetti, con particolare riferimento alle pregiudiziali di costituzionalità, si rinvia a L. Imarisio, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in questa *Rivista*, p. 28 ss. Cfr., però, anche E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio – L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, www.statoe chiese.it, 2012, che ha inteso tali pregiudiziali di costituzionalità come mere «motivazioni di facciata», p. 8.
- 5 A. Pertici, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti europee. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), Torino, Giappichelli, 2003, p. 165.

## 2. L'hate speech: alla ricerca di una definizione della fattispecie e delle ragioni che giustificano la sua condanna

Diversi Stati membri dell'Unione europea, nonché altri ordinamenti europei e non, prevedono che la motivazione omotransfobica alla base di un reato contro la persona (ma talvolta anche contro il patrimonio) già contemplato dalla legislazione penale e che non viene modificato nei suoi elementi essenziali, costituisca una circostanza aggravante nella determinazione della pena<sup>6</sup>. Tali previsioni configurano quelli che vengono comunemente intesi come "crimini d'odio", caratterizzati dall'attribuzione di rilevanza giuridica al sentimento di avversione per l'orientamento sessuale o per l'identità di genere della vittima. L'attribuzione di tale rilevanza non manca di sollevare dubbi di costituzionalità legati soprattutto alla compressione della libertà di pensiero che andrebbe a determinare<sup>7</sup>: ma a suscitare le maggiori perplessità sul piano giuridico-costituzionale in relazione alla incompatibilità con i *bill of rights* nazionali o con i cataloghi di diritti sovranazionali, quali la Convenzione europea dei diritti umani, è assai più frequentemente la repressione penale degli *hate speeches*, in ragione della loro supposta equiparabilità ai c.d. reati di opinione.

I "discorsi d'odio", con una certa approssimazione, possono essere definiti come quelle esternazioni, in forma orale o scritta, che incitano, incoraggiano o giustificano l'ostilità e l'intolleranza nei confronti di determinati gruppi minoritari. Tale categoria di reati, di derivazione anglosassone, ha avuto origine, insieme a quella costituita dagli *hate crimes*, nella seconda metà del secolo scorso e comune è anche l'iniziale configurazione di entrambe come risposta alle esigenze di lotta a razzismo, xenofobia, antisemitismo. Proprio nel contesto di tale lotta è stato effettuato uno dei primi tentativi definitivi del discorso d'odio che vale la pena ricordare: si legge infatti in una raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che le esternazioni d'odio nei confronti di una certa razza o origine etnica da contrastare sono «tutte le espressioni, in qualsiasi forma diffuse, tendenti a incitare, promuovere o giustificare odio»<sup>8</sup>.

La fondamentale e imprescindibile distinzione tra crimini e discorsi d'odio va dunque rinvenuta nel fatto che i secondi si caratterizzano per essere "solo" parola e non condotta materiale<sup>9</sup>. Detto altrimenti, l'*hate speech* non è punito — e si ritiene non debba essere punito — in quanto manifestazione del pensiero che intende o rischia di trasformarsi in azione, ma esclusivamente in quanto esternazione percepita come umiliante, denigratoria, offensiva da parte degli appartenenti ai gruppi o alle comunità che il legislatore ritiene bisognose di particolare protezione e tutela in ragione della loro vulnerabilità in un particolare contesto sociale, culturale e storico.

Posto quindi che la compatibilità della sanzione penale del discorso d'odio con la libertà di espressione a fondamento di ogni liberal-democrazia non può e non deve essere argomentata ritenendo che «la manifestazione del pensiero non è più tale (cioè non è riconducibile logicamente a tale categoria) quando si risolve in un (principio di) azione»<sup>10</sup>, dove può essere rinvenuta la sua giustificazione costituzionale? Se si assume che la libertà di espressione è un diritto che deve essere parametrato con altri valori fondanti l'ordinamento in cui è garantita<sup>11</sup>, quali sono i diritti e principi invocabili per risolvere l'operazione di bilanciamento in favore della sua compressione?

Il dibattito dottrinario sulla questione è vivace e articolato: senza pretesa di ricostruzione esaustiva, ci si limita in questa sede a ricordare come la legittimità costituzionale della sanzione penalistica di certe espressioni tenda a essere comunemente rinvenuta nel rispetto della dignità umana, in diverse

6 L'aggravante per i reati commessi in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere della vittima è contemplata, ad esempio, in Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Spagna, Svezia e Regno Unito: su tali normative europee si veda L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012, pp. 7-15. Fuori dall'Europa, merita di essere ricordato il *Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act of 2009* che ha introdotto negli Stati Uniti un inasprimento del trattamento sanzionatorio per la violenza omofobica (sulle origini e il contenuto di tale legge si rinvia a M. Winkler, G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, il Saggiatore, 2011, pp. 112-115).

7 Come osservano criticamente M. Winkler, G. Strazio, *op. cit.*, pp. 112-116.

8 Si veda la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'*hate speech*, R (97)20.

9 Così, invece, lo ricostruisce A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 16.

10 *Ivi*.

11 Pacifico, ad esempio, per la dottrina e la giurisprudenza tedesca, come spiega L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, Cedam, 2009, pp. 59-66.

carte costituzionali espressamente configurato come diritto fondamentale, in quella italiana principio desumibile da diverse disposizioni, tra cui l'art. 3, I comma, in cui è sancita «la pari dignità sociale» di tutti i cittadini. Secondo alcune impostazioni il potenziale conflitto tra libertà di espressione e dignità umana si risolve automaticamente in favore della seconda, in quanto «bene supremo ontologicamente sottratto alle procedure di bilanciamento»<sup>12</sup>. Dalla dignità intesa come valore “supercostituzionale”<sup>13</sup>, secondo autorevole dottrina italiana, deriverebbe che «la soluzione conforme a Costituzione non può che essere quella da cui discende una migliore realizzazione di tale valore, pur laddove essa richieda il sacrificio totale di alcuni tra gli interessi in gioco»<sup>14</sup> tra cui quello della libertà di manifestazione del pensiero, laddove necessario a «rimuovere pregiudizi sociali che gravano sull'appartenenza razziale, oltre che su quella etnico-religiosa»<sup>15</sup>. In questo senso pare orientata anche la giurisprudenza della Corte di cassazione in materia se si ricorda la pronuncia con cui ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità del divieto di diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale fino a pochi anni fa contenuto della L. 13 ottobre 1975, n. 654, affermando che il diritto di manifestazione del pensiero incontra dei limiti nel caso in cui il suo esercizio si ponga in contrasto con il principio di pari dignità di tutti i cittadini sancito dall'art. 3 Cost.<sup>16</sup>.

Il riferimento all'art. 3 Cost. pare invece a chi scrive necessario per riflettere non tanto sulla possibilità di giustificare la repressione penale del discorso d'odio in nome del rispetto della dignità umana<sup>17</sup>, quanto per ancorarla alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'affermarsi dell'eguaglianza *de facto* contemplata nel secondo comma<sup>18</sup>, urgente e necessaria in ragione della particolare debolezza e vulnerabilità dei soggetti appartenenti alla comunità LGBT<sup>19</sup>.

Argomento particolarmente convincente pare, infatti, quello per cui la sanzione penale delle esternazioni omotransfobiche assumerebbe non tanto e non solo un “ruolo simbolico”<sup>20</sup>, bensì un ruolo

- 
- 12 G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, E. Ceccherini (a cura di), Napoli, Jovene, 2008, pp. 68 ss. Per una critica a tale ricostruzione della dignità umana si veda, *inter alia*, C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, che, innanzitutto, rigetta l'idea che esista un concetto unitario e predeterminato di dignità, cfr. p. 110. Nella dottrina penalistica si veda per tutti A. Tesauro, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, pp. 885 ss., che contesta la dignità umana come «concetto frequentemente utilizzato nella prassi legislativa e giudiziaria come bene *omnibus* in grado di fornire copertura assiologica e legittimazione costituzionale a pressoché tutte le fattispecie penali in cui si suppongono intuitivamente implicate questioni attinenti allo status morale-costituzionale della persona umana», p. 885.
- 13 A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 343 ss. Cfr. anche G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 55 ss.
- 14 C. Salazar, *Le “relazioni pericolose” tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), 2008, p. 15.
- 15 *Ivi*.
- 16 Corte di cassazione, terza sezione penale, 7 maggio 2008, n. 37581.
- 17 Si osservi peraltro con A. Pugiotto, *op. cit.*, come ciò introdurrebbe «un cortocircuito, perché anche l'esercizio della libertà di opinione (che si vorrebbe limitare) è essa stessa esplicazione della dignità umana individuale della persona concretamente accusata di diffondere discorsi di odio in contrasto con un'idea collettiva di dignità umana», p. 15.
- 18 Così, ad esempio, C. Salazar, *I “destini incrociati” della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2008, p. 83, con riferimento alla sanzione dell'*hate speech* razzista e L. Imarisio, *op. cit.*, con riferimento a quello omotransfobico.
- 19 E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 24.
- 20 Sulla repressione penale del discorso d'odio quale esempio di diritto penale simbolico cfr. F. Pisano, *Il delitto di omofobia: il diritto penale verso l'infinito (e oltre)*, in *Persona e danno*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2007, secondo cui «in funzione simbolica e rassicurante viene vietato e punito tutto ciò che si considera non desiderabile o contrario ai principi della convivenza civile. Il meccanismo è antico e rimanda a certe funzioni del linguaggio che si esprimono nella magia e nel sacro» e, più recentemente, A. Pesce, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015, secondo cui l'intervento del diritto penale per il contrasto dell'omofobia sarebbe meramente da intendersi quale «spada da sfoderare teatralmente per dimostrare la sollecitudine della classe politica nel combattere alcune forme di criminalità e nel rispondere alla richiesta di sicurezza dell'elettorato», p. 36.



“promozionale”<sup>21</sup>. Un intervento che non pare configurabile come “discriminazione alla rovescia” come ipotizza una parte della dottrina italiana<sup>22</sup>, ma, soprattutto, di quella statunitense che indaga sulle potenzialità della repressione penale dell’*hate speech* nel contrasto ai perduranti effetti del passato regime di *apartheid*<sup>23</sup>, in quanto non configurabile come un trattamento di favore volto all’accesso facilitato a determinate risorse scarse<sup>24</sup>, ma semplicemente, una misura di *welfare* volta a contrastare le difficoltà che gli appartenenti a determinati gruppi minoritari incontrano nella partecipazione effettiva alla vita economica, sociale e politica del Paese. Infatti, la diffusione di messaggi omotransfobici ha come inevitabile effetto quello che la dottrina nordamericana impegnata nell’analisi delle conseguenze dell’*hate speech* razzista, indica come *silencing*<sup>25</sup>: i discorsi d’odio determinano un danno che non è la potenziale commissione di crimini contro gli individui che ne sono destinatari, quanto, *in primis*, la creazione di un ambiente ostile e di diffidenza idoneo ad aggravare la condizione di subordinazione sociale e assenza dal dibattito pubblico di certe minoranze.

Ecco allora emergere con una certa evidenza la differenza cruciale tra reati di opinione e discorsi d’odio: se entrambi sono puniti a prescindere dall’essere seguiti da specifiche condotte illecite<sup>26</sup>, solo i primi si caratterizzano per l’assenza di un pregiudizio attuale nei confronti di coloro che appartengono a un determinato gruppo minoritario, pregiudizio che deriva invece immediatamente dalla semplice condotta comunicativa di un’idea, di un giudizio, di un’opinione riguardante individui che già versano in una situazione di comprovata vulnerabilità<sup>27</sup>.

### 3. L’*hate speech* come reato: il “via libera, ma con cautela” dei giudici di Strasburgo

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, con la Raccomandazione n. 5 del 2010, ha invitato gli Stati membri ad «adottare misure adeguate per combattere qualsiasi forma di espressione, in particolare nei mass media e su internet, che possa essere ragionevolmente compresa come elemento suscettibile di fomentare, propagandare o promuovere l’odio o altre forme di discriminazione nei confronti delle persone lesbiche, gay, bisessuali o transessuali», premurandosi però di avvertire che tali misure debbono «rispettare il diritto fondamentale alla libertà di espressione, conformemente all’art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e alla giurisprudenza della Corte»<sup>28</sup>.

La questione relativa al delicato bilanciamento tra libertà di espressione e diritto a non subire discriminazioni per motivi legati all’orientamento sessuale è stata affrontata dalla Corte europea dei diritti umani che, con la decisione del 2012 *Vejdeland e altri c. Svezia*<sup>29</sup>, ritenendo non lesiva dell’art. 10 Cedu la

21 Così anche E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 24.

22 Così, ad esempio, *ivi*, pp. 25 s.

23 Cfr. K.M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term-Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in *Harvard Law Review*, 1992, pp. 22 ss., p. 42.

24 Sul concetto di “discriminazione alla rovescia” sia consentito il rinvio a M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 1-44.

25 Cfr. per tutti M. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story*, in *Michigan Law Review*, 1989, pp. 2320 ss. e K.S. Lawrence, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in *Duke Law Journal*, 1990, pp. 431 ss.: «when racial insults are hurled at minorities, the response might be silence or flight rather than fight», p. 452. Sulla teoria del c.d. *silencing*, cfr. anche la riflessione di C. Caruso, *op. cit.*, p. 109.

26 Importante pare ribadire, con E. Dolcini, *op. cit.*, come la condotta configurante un discorso d’odio si caratterizzi per essere punita anche «quando risulti “sterile”, non sia cioè seguita dall’effettivo compimento di atti discriminatori», p. 25.

27 Per una riflessione costituzionalistica di tali reati ci si limita a rinviare allo studio di L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006.

28 Allegato alla Raccomandazione CM/2010(5), parte I, lett. B, para. 6.

29 Corte Edu, 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia*, su cui si vedano le note di P.F. Poli, *La condanna per la distribuzione in una scuola superiore di volantini aventi contenuto pregiudizievole nei confronti degli omosessuali non viola l’art. 10 Cedu*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012 e di C. Danisi, *La decisione Vejdeland e altri c. Svezia: hate speech, orientamento sessuale e Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 450 ss., nonché le considerazioni di P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, London, Routledge, 2013, pp. 168 ss.

condanna penale dei ricorrenti, condannati in applicazione della normativa penalistica svedese in materia di *hate speech* per la distribuzione di volantini omofobi in una scuola pubblica superiore, ha ammesso che l'esercizio della libertà di espressione può subire restrizioni volte alla tutela della reputazione e dei diritti della comunità omosessuale.

Particolarmente degna di nota in questa prima e unica decisione della Corte di Strasburgo in materia di contrasto all'omofobia è la definizione di *hate speech* offerta dalla maggioranza che non esita ad ammettere che la sanzionabilità dello stesso prescinde dal suo configurarsi come incitamento all'odio o alla violenza, dovendosi, invece, ricondurre semplicemente alla sua natura *lato sensu* pregiudizievole: citando il proprio precedente in materia di discorso d'odio razzista, *Féret c. Belgio*<sup>30</sup>, la Corte spiega infatti come «*attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner*»<sup>31</sup>. Pregiudizievole per la minoranza omosessuale è appunto, secondo i giudici di Strasburgo, il contenuto dei volantini che ha determinato la condanna dei ricorrenti da parte delle corti svedesi per violazione del divieto di «agitazione contro un gruppo nazionale o etnico» sancito dall'art. 8 del Codice penale: volantini il cui intento voleva essere quello di suscitare un dibattito sulla carenza di obiettività nella formazione offerta dalle scuole svedesi influenzate dalle «lobby omosessuali» ma che definivano l'omosessualità come una «*tendenza sessuale deviante*», avente un «*effetto moralmente distruttivo sulla sostanza della società*», cui può imputarsi la diffusione di malattie sessualmente trasmissibili come HIV ed AIDS.

Tuttavia, pare importante sottolineare, in primo luogo, come non sia desumibile da tale pronuncia alcun obbligo in capo agli Stati membri del Consiglio d'Europa di vietare le dichiarazioni pubbliche omofobe o transfobe: anzi, è chiarito il dovere dei singoli ordinamenti che adottano o mantengono normative volte a reprimere i discorsi d'odio di dimostrare che l'esigenza di limitare la libertà fondamentale di espressione è dettata da «bisogni sociali pressanti»<sup>32</sup> e che le misure previste si rivelino «proporzionate»<sup>33</sup> rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere.

Ciò che però in questa sede maggiormente rileva è come non possa evincersi da tale pronuncia la compatibilità con la libertà di espressione della criminalizzazione delle esternazioni omofobe a prescindere dal contesto in cui si verificano: particolare attenzione viene, infatti, rivolta dai giudici di Strasburgo al fatto che i volantini censurati erano stati depositati negli armadietti personali degli alunni, che avessero come destinatari individui «impossibilitati a rifiutarli» e che, in ragione della loro giovane età, erano da ritenersi fortemente «sensibili e impressionabili»<sup>34</sup>.

È proprio solo la rilevanza da attribuire al contesto in cui, nel caso concreto, erano state diffuse le opinioni omofobe quali ad aver convinto ben tre giudici su cinque a votare in favore della assoluzione dello Stato convenuto. I giudici Zupancic, Spielmann e Nussberger, particolarmente vicini all'approccio nordamericano della «tolleranza verso gli intolleranti», hanno infatti evidenziato, nelle loro opinioni concorrenti, l'importanza della libertà di espressione nella struttura di una società democratica, da tutelare anche quando le idee espresse possano turbare la sensibilità di altri, ammettendo di essersi uniti alla maggioranza «*very reluctantly*»<sup>35</sup>. Non è difficile intravedere l'impronta della giurisprudenza statunitense in materia di *hate speech*, soprattutto dove si richiama la dottrina della «*captive audience*», elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in alcune pronunce di fine anni Ottanta, ma tuttora utilizzata nella decisione relativa alla costituzionalità della repressione penale del discorso d'odio<sup>36</sup>, che fa riferimento alla possibilità di sanzionare le esternazioni offensive e disturbanti per gli appartenenti a una minoranza (non solo etnico-razziale) qualora si configurino come «*intrusive*», ovvero lesive del diritto alla *privacy* di coloro che si trovano nell'impossibilità di evitarne l'ascolto<sup>37</sup>.

30 Corte Edu, 16 luglio 2009, *Féret c. Belgio*.

31 Corte Edu, *Vejdeland c. Svezia*, cit., para. 55.

32 *Ivi*, para. 51.

33 *Ivi*, para. 52.

34 *Ivi*.

35 *Ivi*, para. 6 dell'opinione concorrente dei giudici Spielmann e Nussberger. Il giudice Zupancic, per gli stessi motivi, spiega analogamente di aver votato «*with some hesitation*» (para. 1 della sua opinione concorrente).

36 Si veda, da ultimo, la pronuncia *Snyder v. Phelps*, 562 US (2011), su cui si rinvia all'approfondita analisi di E. Stradella, *Protezione dell'hate speech e tutela dell'espressione avente rilevanza pubblica negli Stati Uniti d'America: il caso Snyder vs. Phelps*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2011, pp. 215 ss.

37 Cfr. R. Kiska, *Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence*, in *Regent University Law Review*, 2012, pp. 107 ss. che critica la sentenza *Vejdeland* per la nozione di *hate speech* propos-

Difficile, dunque, predire quale potrebbe essere la decisione di un eventuale ricorso in cui si lamenta la lesione dell'art. 10 Cedu determinata dalla sanzione penale di esternazioni omofobe verificatesi con modalità e in circostanze tali da consentire ai destinatari di sottrarsi. Ipotesi tutt'altro che remota se si considerano le legislazioni nazionali europee in materia di *hate speech* attualmente in vigore.

#### 4. Sull'attuale sanzionabilità civilistica e penalistica delle esternazioni omofobe, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di discriminazione per orientamento sessuale

Nell'attesa dell'entrata in vigore della normativa di contrasto a omofobia e transfobia, è già a disposizione dei giudici italiani la possibilità di sanzionare gli autori di esternazioni omofobe in osservanza a quanto si è visto essere stato stabilito dalla recente giurisprudenza dell'Unione europea. La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la pronuncia *Accept*<sup>38</sup>, ha affermato che la dichiarazione a mezzo stampa dal *patron* di una società calcistica di non voler ingaggiare un giocatore omosessuale, costituisce indizio di discriminazione, da sanzionare, in caso di positivo accertamento della condotta discriminatoria, con misure effettive, proporzionate e dissuasive. Incomberebbe dunque alla società convenuta di provare che, nonostante tale apparenza di discriminazione, non si sia verificata alcuna violazione del principio della parità di trattamento imposto dalla direttiva, attraverso, la dimostrazione di aver preso le distanze da tale esternazione nonché dell'esistenza di espresse disposizioni aziendali in materia di politica delle assunzioni, volte a garantire l'osservanza del principio della parità di trattamento.

Si ripropone dunque la sanzionabilità di quella "discriminazione potenziale" oggetto della pronuncia *Feryn*<sup>39</sup> adottata anni prima dalla stessa Corte: interpretando in sede di rinvio pregiudiziale la direttiva 43/2000/CE, i giudici di Lussemburgo avevano infatti ritenuto che le dichiarazioni rese nel corso di una trasmissione televisiva locale dall'amministratore delegato di un'impresa belga produttrice e installatrice di porte scorrevoli, in cui si manifestava l'intento di adottare una procedura di selezione del personale volta a escludere i candidati alloctoni, in quanto sgraditi alla propria clientela, erano da ritenersi contrarie al divieto di discriminazione etnico-razziale sancito dalla normativa comunitaria, pur in assenza di vittime identificabili, in ragione della loro idoneità a dissuadere aspiranti lavoratori appartenenti a gruppi etnicamente minoritari dal proporre le loro candidature, facendo ricadere sul datore di lavoro l'onere di dimostrare che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni. L'affermazione dell'esistenza di una discriminazione diretta, di carattere collettivo, «si fonda dunque sulla potenzialità lesiva delle dichiarazioni imprenditoriali, piuttosto che sulle conseguenze lesive da esse derivanti»<sup>40</sup>.

La pronuncia *Feryn* ha così avviato una riflessione non irrilevante sulle potenzialità del diritto antidiscriminatorio nella repressione dell'*hate speech*<sup>41</sup>, riflessione che la recente giurisprudenza italiana di merito ha senz'altro arricchito.

Il Tribunale di Bergamo e la Corte d'appello di Brescia, rispettivamente in primo grado e in appello, pronunciandosi sul c.d. "caso Taormina", hanno condannato il noto avvocato italiano per aver pubblicamente affermato di non voler assumere nel suo studio professionale un collaboratore omosessuale, ritenendo tale esternazione lesiva del divieto di discriminazione per orientamento sessuale sancito dal

---

ta e per le deviazioni da quella giurisprudenza risalente (Corte Edu, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*), giungendo ad affermare che «under this confusion of jurisprudence, how can anyone be confident in a system that places certain expressions in the "protected category" on the basis that there is a fundamental right to use speech that "offends and shocks" and that also places other expressions in the "criminal category" on the basis that such speech is "serious and prejudicial"»??, p. 112.

38 Corte di giustizia Ue, 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Accept*, su cui si veda L. Calafà, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2014, pp. 133 ss.

39 Corte di giustizia Ue, 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn*, su cui si rinvia, *inter alia*, al commento di A. Eriksson, *European Court of Justice: Broadening the Scope of European Non-discrimination Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 731 ss.

40 D. Izzi, *Il divieto di discriminazione razziale preso sul serio*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, pp. 765 ss., p. 769.

41 Cfr. U. Belavusau, *Fighting Hate Speech through EU Law*, in *Amsterdam Law Forum*, [www.amsterdamlawforum.org](http://www.amsterdamlawforum.org), 2012, pp. 20 ss.

d.lgs. n. 216/2003, di attuazione della direttiva 2000/78/CE istitutiva di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro<sup>42</sup>. Riprendendo e precisando la nozione di discriminazione “potenziale” elaborata dalle citate pronunce *Feryn* e *Accept* della Corte di Lussemburgo, i giudici italiani hanno insistito sull’estensione dell’ambito applicativo della tutela antidiscriminatoria alle manifestazioni di politiche di assunzione volte a escludere i lavoratori per ragioni riconducibili all’orientamento sessuale a prescindere dalla esistenza di una vittima identificabile<sup>43</sup>.

Di particolare rilievo pare inoltre il fatto che il giudice di secondo grado abbia dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 216/2003 in relazione all’art. 21 Cost. sollevata dalla parte appellante. Secondo la Corte d’appello di Brescia il divieto di esternazioni discriminatorie come quella che ha dato origine alla controversia sottoposta al suo esame non può ritenersi lesiva della libertà di manifestazione del pensiero, in quanto quest’ultima «non può spingersi fino a violare altri principi costituzionalmente tutelati e quindi, come nella specie, i principi sopra richiamati (artt. 2, 3, 4 e 35) che stanno alla base delle norme in contesa, in materia di discriminazione nell’accesso all’occupazione»: con una motivazione forse eccessivamente stringata, la Corte ha pertanto ritenuto che la compressione della libertà di espressione che si verifica nella sanzione delle esternazioni omofobe è giustificata dall’esigenza di garantire i diritti inviolabili e la dignità della persona, l’eguaglianza e il diritto al lavoro.

Questi orientamenti giurisprudenziali recenti dimostrano che uno strumento di particolare efficacia nella lotta al discorso d’odio omofobo può essere rappresentato dal diritto antidiscriminatorio. Non solo, nell’applicazione giudiziale di quest’ultimo, si è negli ultimi anni affermata un’ulteriore forma di tutela. Di particolare rilievo pare, infatti, quanto autorevolmente suggerito da recente dottrina, secondo cui, utilizzando «il canone ermeneutico dell’interpretazione sistematica, può certamente sostenersi che [...] la tutela delle persone dagli atti di matrice omofobica potrà proiettarsi, in linea generale e per l’istante, nell’ambito della tutela civilistica, anche aquiliana (art. 2043 c.c.), ove sarà considerato risarcibile ogni danno cagionato per via dell’orientamento sessuale del soggetto discriminato»<sup>44</sup>. La giurisprudenza di merito pare essersi avviata da tempo su questa strada: basti ricordare la pronuncia del Tribunale di Catania del 2008 in cui si è affermato che «le sofferenze e i patemi d’animo ingenerati dalla discriminazione fondata sull’orientamento sessuale fanno sorgere un diritto al risarcimento del danno morale»<sup>45</sup> e in cui emerge con una certa evidenza come l’omosessualità non possa essere causa di discriminazioni in nessun caso, nemmeno negli ambiti non espressamente contemplati della menzionata normativa italiana in materia di divieto di discriminazione. Vale la pena ricordare, infatti, come il legislatore italiano abbia optato per un approccio minimale nel recepimento della direttiva 78/2000/CE, scegliendo di non estendere la tutela dalle discriminazioni per religione, età, disabilità e orientamento sessuale oltre il settore dell’occupazione e della formazione professionale, a differenza di quanto previsto in relazione alle discriminazioni fondate sul sesso e sulla razza, vietate anche in ambiti quali la protezione sociale, l’istruzione e l’accesso a beni e servizi, incluso l’alloggio<sup>46</sup>. Nell’attesa che agli Stati membri dell’Ue venga imposto l’obbligo di sancire il divieto di discriminazioni legate all’orientamento sessuale (nonché a tutti gli altri fattori contemplati dalla direttiva 78/2000/CE) in settori ulteriori rispetto a quello lavorativo, obbligo contemplato in una proposta di direttiva formulata ormai diversi anni fa<sup>47</sup>, sembra quindi che ai giudici non sia precluso il riconoscimento del danno causato da disparità di trattamento fondate sull’orientamento sessuale anche nel caso in cui si verifichino in contesti diversi da quello occupazionale, come del resto risulta evidente dalla recente pronuncia della Corte di cassazione che ha

42 Deciso in primo grado dal Tribunale di Bergamo con sentenza del 6 agosto 2014 e, in appello, dalla Corte d’appello di Brescia, con sentenza dell’11 dicembre 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). Su tali decisioni si rinvia alle riflessioni di L. Tomasi, *L’unico caso italiano di discriminazione fondata sull’orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 – Corte d’appello di Brescia, 11 dicembre 2014*, in questa *Rivista*, p. 221 ss.

43 Su cui diffusamente L. Tomasi, *op. cit.*, spec. para. 5.

44 A. Cerrone, *Punire l’odio? La repressione dell’omofobia e la tutela delle minoranze*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), Roma, Carocci, 2014, pp. 58 ss., p. 66.

45 Tribunale di Catania, sentenza del 2 luglio 2008, pubblicata in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), su cui si rinvia alla nota di A. Rotelli, *Il danno da discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, pp. 2536 ss.

46 Si vedano la direttiva di rifusione 113/2004/CE e la c.d. direttiva “razza” 43/2000/CE, recepite nell’ordinamento italiano, rispettivamente, tramite il d.lgs. n. 196/2007 e il d.lgs. n. 215/2003. Si osservi peraltro che sempre più numerose sono le legislazioni nazionali che offrono un livello uniforme di tutela dalle discriminazioni senza distinguere tra i fattori “razza/origine etnica” e “sesso” e gli altri fattori menzionati nell’art. 19 del TFUE.

47 Proposta di direttiva del Consiglio, 2 luglio 2008, “recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale”.



stabilito come il mancato rinnovo della patente di guida motivato con l'omosessualità del richiedente rappresenti "un vero e proprio comportamento di omofobia" per il quale deve essere riconosciuto alla vittima un risarcimento del danno congruo all'entità dell'offesa<sup>48</sup>.

Fin qui gli spazi repressivi offerti dal diritto civile. Quali, invece, le già esistenti possibilità sanzionatorie delle esternazioni omotransfobiche in ambito penalistico?

Al riguardo deve segnalarsi come l'utilizzo mirato dei reati di ingiuria, diffamazione e istigazione abbia consentito in più occasioni alla giurisprudenza di merito, avallata da quella di legittimità, di condannare per questi reati gli autori di manifestazioni verbali oltraggiose caratterizzate dalla riprovazione dell'orientamento sessuale del soggetto cui erano rivolte<sup>49</sup>. Anche per questo motivo, non mancano quindi posizioni dottrinarie che ritengono la previsione delle fattispecie penali di ingiuria, diffamazione e istigazione, magari correlate dalla previsione di una circostanza aggravante, particolarmente idonee a combattere l'*hate speech* senza comprimere inutilmente la libertà di manifestazione del pensiero<sup>50</sup>. Tale soluzione non pare però convincente dal momento che tali reati, seppur come si è visto, senz'altro utilizzabili per tutelare l'onore e la reputazione di omosessuali e transessuali, sono punibili solo su querela di parte e la loro sanzione richiede la presenza di una o più vittime identificabili, laddove, invece, i destinatari del discorso d'odio sono più frequentemente un numero potenzialmente infinito di individui accomunati dall'appartenenza a determinati gruppi minoritari.

## 5. La perdurante assenza del reato di *hate speech* omotransfobico: considerazioni sulle ambiguità del d.d.l. Scalfarotto

Ai già ricordati vani tentativi di approvazione di una normativa volta a contrastare i crimini motivati dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima effettuati durante la scorsa legislatura, è seguito il c.d. disegno di legge Scalfarotto recante "Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia" approvato dalla Camera dei Deputati il 19 settembre 2013, attualmente dinanzi al Senato che, integrando la L. n. 654/1975 (c.d. legge Reale, di ratifica ed esecuzione della Convenzione contro il razzismo adottata dalle Nazioni Unite nel 1966) e la L. n. 205/1993 (c.d. legge Mancino), punisce l'istigazione a commettere o la commissione di atti di discriminazione e di violenza motivati da omofobia o transfobia ed estende ai reati fondati sull'omofobia o transfobia l'aggravante della pena fino alla metà già prevista per i reati commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

L'approvazione di tale disegno di legge introdurrebbe quindi l'*hate crime* omotransfobico attraverso la previsione di una circostanza aggravante rinforzata: il dibattito sia politico, sia giuridico è stato però partecipato soprattutto in relazione alle supposte lesioni della libertà di manifestazione del pensiero che determinerebbe la sanzione del discorso d'odio.

Ma tale disegno di legge contempla davvero il reato di *hate speech*? La risposta affermativa pare tutt'altro che scontata. Non è infatti prevista la punibilità di condotte diverse e ulteriori dall'istigazione: l'istigazione alla violenza e l'istigazione alla discriminazione.

In questo caso, dunque, omofobia e razzismo non paiono affatto «correre su binari paralleli»<sup>51</sup>. Sebbene la L. 24 febbraio 2006, n. 85 contenente "Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione" sia intervenuta sulla c.d. legge Mancino prevedendo che non sia più punito chi "diffonde", ma solo chi "propaganda" idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico" e non più chi "incita", ma chi "istiga" a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali

48 Corte di cassazione, terza sezione civile, n. 1126/2015, pubblicata in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

49 Ormai risalente è la pronuncia della Corte di cassazione relativa alla condanna per il reato di ingiuria di un insegnante che aveva indirizzato ad un alunno minorenne gli epiteti: «stupido», «imbecille», «idiota» ed «omosessuale» (Corte di cassazione, quinta sezione penale, 28 ottobre 1994, n. 12510). Tale giurisprudenza ha avuto modo di consolidarsi: la Corte di cassazione, con la pronuncia 15 marzo 2010, n. 10248, ha infatti successivamente stabilito che l'utilizzo del termine "gay" configura il reato di ingiuria qualora venga «riferito a precisi fatti ritenuti disdicevoli, focalizzati come tali con inequivoco intento denigratorio e che esprimono riprovazione per le tendenze omosessuali del soggetto a cui si rivolge l'offesa»: la giurisprudenza di merito, infine, ha ribadito in diverse occasioni la rilevanza penale delle esternazioni omofobe ritenendo integrata la fattispecie di ingiuria (si vedano, ad esempio, le recenti sentenze del Tribunale di Torino del 10 luglio 2014 e del Tribunale di Palermo del 18 aprile 2014).

50 Così, A. Pugiotto, *op. cit.*, p. 15. Su analoghe posizioni assunte dalla dottrina nordamericana si rinvia a E. Stradella, *op. cit.*, pp. 225 s.

51 M. Winkler, G. Strazio, *op. cit.*

o religiosi<sup>52</sup>, restano differenze tutt'altro che irrilevanti tra la sanzione penale dell'*hate speech* razzista e quello omotransfobico: il dato letterale delle nuove disposizioni sembra, infatti, escludere la punibilità di colui che propaganda idee fondate sulla omofobia o transfobia, a differenza di quanto avviene nel caso del soggetto che propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico<sup>53</sup>. Tali differenze paiono difficili da comprendere e giustificare: nel momento in cui la Corte europea dei diritti umani giunge ad affermare che «la discriminazione per orientamento sessuale è tanto rilevante quanto quella fondata sulla razza, l'origine etnica o il colore della pelle»<sup>54</sup>, il legislatore italiano sembra ritenere le condotte omofobiche caratterizzate da un disvalore minore rispetto a quelle razziste.

Senz'altro, dunque, come già sottolineato in dottrina, «lo strumento normativo uscito dal voto della Camera si presenta a noi come arma spuntata»<sup>55</sup>: non solo per l'approvazione del c.d. subemendamento Gitti<sup>56</sup>, ma anche per la mancata previsione di una sanzione per il discorso d'odio.

Il reato di *hate speech* non sembra infatti configurato né dalla sanzione dell'«istigazione alla violenza», né da quella dell'«istigazione alla discriminazione». La fattispecie della «istigazione», più circoscritta rispetto a quella dell'«incitamento», si caratterizza per «la necessità di un livello minimo di idoneità ad influire sulle condotte e sulle convinzioni altrui», ragione per cui «incriminare l'istigazione in luogo dell'incitamento sembrerebbe esprimere la volontà di punire pensieri fattivi che si estrinsecano attraverso un *quid pluris* rispetto alla loro mera manifestazione»<sup>57</sup>. In altre parole, non v'è ragione di ritenere che al termine «istigazione» possa essere attribuito un significato diverso da quello che assume nell'art. 414 c.p. che prevede il reato di istigazione a delinquere. Il disegno di legge in materia di contrasto a omofobia e transfobia parrebbe quindi limitarsi a ribadire l'esistenza della fattispecie delittuosa dell'istigazione a delinquere, prevedendo apposite sanzioni nel caso in cui questa riguardi la commissione di reati riconducibili alla violenza, oppure la commissione di un nuovo illecito penale: quello della discriminazione, che non viene però in alcun modo definito, sollevando inevitabili dubbi di costituzionalità in relazione al principio di legalità e di determinatezza della legge penale. Come opportunamente sottolineato, «non solo il legislatore penale può, ma deve impegnarsi nella definizione di ciò che costituisce atto di discriminazione»<sup>58</sup>, seguendo l'esempio di alcune normative straniere. Tra queste, vale la pena ricordare quella francese contenuta negli artt. 225-1 e 225-2 del Codice penale come modificati, rispettivamente, dalla *Loi n. 2006-340 du 23 mars 2006* e dalla *Loi n. 2004-204 du 9 mars 2004*, in cui si contempla la discriminazione come figura autonoma di reato e si specifica quali sono i comportamenti attraverso cui si estrinseca la discriminazione, comportamenti per i quali è anche previsto un aggravio di pena se tenuti in luogo pubblico o al fine di impedire l'accesso ad un luogo pubblico: il rifiuto di fornire beni o servizi, l'ostacolo al normale esercizio dell'attività economica, il rifiuto di assumere una persona, la sanzione o il licenziamento della persona per ragioni legate al suo orientamento sessuale, il subordinare la prestazione di un bene o servizio, l'offerta di un impiego, una domanda di tirocinio o un periodo di formazione alla medesima caratteristica personale, condizioni relative all'orientamento sessuale della persona<sup>59</sup>. Fino a quando ciò non accadrà, sarà alquanto arduo stabilire che cosa deve

52 Su tale riforma si rinvia, *inter alia*, a G. Pavich, A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014, che sottolineano come la scelta dei termini «istigazione» e «propaganda» intenda tracciare limiti più ristretti all'area del disvalore penale, nonostante la Corte di cassazione abbia provato a sostenere che la sostituzione dei termini «incitamento» e «diffusione» non abbia modificato il quadro legislativo di riferimento, p. 11.

53 Così F. Pesce, *op. cit.*, p. 24.

54 Corte Edu, *Vejdeland c. Svezia*, cit., para. 55.

55 L. Morassutto, *Omofobia e transfobia: il trucco c'è...e si vede*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013.

56 Secondo cui «ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni». Si vedano le fondate critiche anche di M. Gattuso, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013, e di L. Imarisio, *op. cit.*

57 Cfr., ad esempio, F. Pesce, *op. cit.*, p. 22.

58 Cfr. L. Goisis, *op. cit.*, secondo cui «non solo il legislatore penale può, ma deve impegnarsi nella definizione di ciò che costituisce atto di discriminazione», p. 17.

59 Su tale normativa e su quelle analoghe, più recenti, previsioni dei codici penali belga e spagnolo cui si rinvia all'analisi di L. Goisis, *op. cit.*, pp. 9-15.

intendersi per discriminazione e, conseguentemente, per istigazione alla discriminazione. Si utilizzerà come parametro di riferimento il divieto di discriminazione definito nel d.lgs. n. 216/2003? Si farà ricorso a una nozione più ampia che includa tra le disparità di trattamento proibite quelle che si verificano in ambiti diversi da quello lavorativo? Sono queste domande cui è difficile dare una risposta certa: resta però poco condivisibile la tesi di quella dottrina che paventa il rischio che si giunga a sanzionare qualunque manifestazione di opinioni contrapposte all'omosessualità<sup>60</sup>.

Anzi, la mancata previsione nell'attuale disegno di legge della punibilità, ad esempio, dell' "incitamento all'odio"<sup>61</sup>, sembra quindi da intendersi come preclusiva della sanzione di quelle espressioni umilianti, denigratorie e offensive verso la popolazione omosessuale o transessuale che non abbiano come effetto, potenziale o attuale, di produrre specifiche discriminazioni nell'accesso al lavoro, a determinati beni, o, più genericamente nel godimento di certi diritti fondamentali, bensì "solo" quello di consolidare stereotipi e pregiudizi, determinando quei pericolosi «*long-term effects*»<sup>62</sup> consistenti nel rafforzamento dei sentimenti di inferiorità e subordinazione della comunità LGBT.

60 Come invece ritiene G. Riccardi, *Omofovia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, secondo cui tale previsione consentirebbe di spingersi, ad esempio, fino a «negare l'ammissibilità del matrimonio omosessuale o dell'adozione di bambini da parte delle coppie omosessuali o il formulare giudizi di disvalore degli atti omosessuali sulla base del credo religioso», p. 31.

61 Formula utilizzata, invece, nella maggior parte delle legislazioni, non solo europee, in materia di *hate speech* (cfr. A. Pesce, *op. cit.*, pp. 11-19), nonché nei documenti europei e internazionali di condanna a razzismo, antisemitismo, omofobia (cfr. *supra*, para. 1).

62 K. Greenawalt, *Free Speech in the United States and Canada*, in *Law and Contemporary Problems*, 1992, p. 18. Spiega infatti l'Autore come «*assuming that the state may suppress speech likely to cause immediate violence, to wound, to offend, or to disturb civility, the underlying notion is that the speaker could state whatever facts and values he believes in, including his assessment of particular individuals (when the assessment is not false and defamatory), if only he cleans up his manner of expression*», p. 19. Per un approfondimento sugli argomenti giustificativi della sanzione dell'*hate speech* offerti dall'Autore si veda anche dello stesso, *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton, Princeton University Press, 1995, spec. pp. 53 ss.

Luca Morassutto\*

## Omofobia e medioevo italiano

### Sommario

1. “Non vedere il vedibile, non udire l’udibile” – 2. La genealogia dell’odio: il concetto di contro natura e la paura del contagio – 3. Uno sguardo all’Europa – 3.1. I dati di Ilga Europe e della European Union Agency for Fundamental Rights – 3.2. Stati a confronto – 4. Il caso Italia – 4.1. Dalla Legge Reale all’attuale disegno di legge “Scalfarotto” – 4.2. L’Emendamento Gitti - Verini

### Abstract

In un panorama europeo sempre più avanzato ed inclusivo, si distingue negativamente l’Italia, dove forze fondamentaliste cattoliche, ispirate al concetto di contro natura e di disgusto, osteggiano l’introduzione di una norma volta a punire i comportamenti omotransfobici. L’assenza di una norma penale che colpisca i crimini omofobi non solo nega ad una parte della popolazione una tutela immediata ma favorisce un sentimento di smarrimento ed abbandono per milioni di cittadini. Anche i tentativi di estendere l’attuale normativa in vigore che già tutela tutte le minoranze di questo Paese si risolvono in un grido di frustrazione con l’introduzione di un emendamento che si candida ad essere la porta di ingresso attraverso cui, per assurdo, legittimare le discriminazioni stesse.

*Italy stands out negatively on the increasingly advanced and accepting European stage, due to fundamentalist forces embracing the concept of contra naturam (against nature) and disgust, which are opposing the introduction of a specific law aimed at punishing homo/transphobic behaviors. The absence of a criminal law norm addressing homophobic crimes denies a part of the population immediate protection and induces a sense of dismay and neglect in millions of citizens. The attempts to extend the current normative protecting minorities in this country have resulted in the introduction of an amendment which is likely to become the door through which, paradoxically, discrimination itself will be legitimized.*

### 1. “Non vedere il vedibile, non udire l’udibile<sup>1</sup>”

Dopo un travagliato iter in Commissione giustizia della Camera, il progetto di legge contro l’omofobia e la transfobia è stato trasmesso al Senato in data 20 settembre 2013. Si è trattato di un percorso caratterizzato da una *vis* polemica assolutamente inedita; in nessun precedente caso contemplato dall’attuale Legge Reale-Mancino si è mai, neppure lontanamente, assistito ad una crociata di intenti ostativi così esasperata, tanto da scadere anche in falsi allarmismi totalmente fuori luogo<sup>2</sup>.

\* Avvocato del foro di Ferrara. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1 F. Dostoevskij, *Memorie dal sottosuolo. Storia di una nevrosi*, Milano, Bur, 2000, p. 59.

2 Si veda per esempio quanto dichiarato dall’on. Giovanardi: “ci opporremo in ogni modo ad una legge liberticida ed eterofoba come quella in discussione alla Camera dei deputati, che vuol colpire con il carcere, [...], chi non è d’accordo per esempio con



La sensazione di fondo che nasce dalla lettura degli atti parlamentari<sup>3</sup> ed in particolare dagli emendamenti presentati, è che la preoccupazione principale non fosse quella di creare una legge atta a tutelare la comunità lgbt<sup>4</sup> dalle aggressioni fisiche e verbali, quanto piuttosto creare delle zone di inoperatività della norma dando rassicurazione ad una specifica componente dell'aula parlamentare. Scorrendo infatti i lavori parlamentari si trova un mai sopito tentativo di trarre fuori dall'influenza della legge che si andava a votare, specifici settori<sup>5</sup>.

È la ratio legislativa stessa che sembra, a detta di chi scrive, sbagliata *ab ovo*. La Legge Reale-Mancino, ad oggi, tutela le minoranze che si caratterizzano per razza, etnia, nazionalità, confessione religiosa, lingua. Si trattava quindi di estendere questa tutela all'orientamento sessuale ed alla identità di genere. Nulla più. Le dissertazioni che si possono fare circa la paventata lesione di diritti costituzionali sono di fatto sorpassate da ben quarant'anni di applicazione della normativa vigente. Forse, tali preoccupazioni<sup>6</sup>, con la medesima veemenza, andavano prospettate nel corso di queste quattro decadi di applicazione della legge Reale-Mancino in relazione a tutte le minoranze tutelate; lamentare, solo oggi, un inesistente attacco ai più alti principi costituzionali, altro non fa che generare il dubbio di una manipolazione concettuale della norma a discapito di una minoranza, additandola per l'appunto come un elemento ultroneo alla società e da cui guardarsi con diffidenza e, nel peggiore dei casi, da osteggiare nei suoi diritti fondamentali. È oramai dato acquisito che "nei diversi indici utilizzati per misurare la democraticità degli Stati la tutela dei diritti fondamentali ha assunto una importanza crescente, si sono moltiplicati i rapporti internazionali in materia, è aumentato il peso delle organizzazioni per la tutela dei diritti. È così diventata più impellente la richiesta di una politica internazionale che incorpori la dimensione dei diritti fondamentali che si presentano come condizione essenziale per la legittimità stessa delle relazioni tra Stati"<sup>7</sup>. Si tratta di un binomio che correttamente appare non più scindibile quello tra democrazia e diritti fondamentali tanto che "oggi il concetto stesso di democrazia è inscindibile da quello dei diritti dell'uomo"<sup>8</sup>. Di contro non si deve predicare una "prepotenza dei diritti fondamentali quanto piuttosto la costruzione di una democrazia sempre più profondamente innervata dai diritti individuali e collettivi. Di questi deve essere sottolineata la storicità, non tanto per sottrarli a suggestioni giusnaturaliste o per confinarli nel mondo del relativo ma perché sono appunto il prodotto della storia e della politica, configurano un regime politico ed un ordinamento istituzionale"<sup>9</sup>. Calando nel concreto il ragionamento astratto testé fatto ritengo che non si possa operare uno iato tra la persona, nella duplice dimensione della sua dignità e libertà, ed il contesto sociale in cui questa esiste, quasi fosse una cesura operata da un asettico bisturi. Non possiamo in altre parole ritenere che taluni individui si facciano scudo<sup>10</sup> dell'art. 21 Cost. al fine di negare in questo modo quella dignità e quella libertà che stanno alla base dell'essere umano, impedendo così a quest'ultimo di vivere appieno la socialità a cui è vocato. Di

---

il matrimonio o l'adozione di bambini da parte di coppie gay" reperibile in <http://www.carlogiovanardi.it/sito/modules.php?name=News&file=article&sid=2361>.

- 3 Riferimento ad Atti parlamentari XVII legislatura, allegato A ai resoconti, seduta del 19 settembre 2013 n. 80 consultabile all'indirizzo [http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=80&tipo=alfabetico\\_stenografico](http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=80&tipo=alfabetico_stenografico).
- 4 Acronimo per lesbiche, gay, bisessuali, transessuali.
- 5 Ne sono un esempio gli emendamenti 1.61. Al comma 1, dopo la lettera b) aggiungere la seguente: c) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: «4. Non sono punibili l'espressione o l'opinione non accompagnate da specifica istigazione ad atti di discriminazione ovvero alla commissione di atti di violenza o di provocazione alla violenza per motivi religiosi, culturali o relativi all'identità sessuale. Non è considerato atto di discriminazione o di istigazione alla discriminazione la mera espressione od opinione che riguardi la religione o l'identità sessuale.» o ancora 1.66: Al comma 1, dopo la lettera b) aggiungere la seguente: c) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: «4. Non costituiscono in alcun caso atti di discriminazione o di incitamento alla discriminazione la manifestazione di opinione, l'attività educativa, di formazione e di istruzione in tema di diritto di famiglia, anche quanto alla organizzazione interna delle istituzioni religiose e degli istituti scolastici e universitari» con, a volte, riferimenti completamente inutili quali 1.38. Al comma 1, dopo la lettera b) aggiungere la seguente: c) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: «4. Non rientrano nella condotta di propaganda di idee, la manifestazione di opinione e l'attività di ricerca scientifica in tali materie» (corsivo nostro).
- 6 Per una critica alle obiezioni mosse all'introduzione di una legge contro l'omofobia e la transfobia si rinvia a L. Morassutto, *Legge contro l'omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?* in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013.
- 7 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, p. 57.
- 8 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 116.
- 9 S. Rodotà, *ivi*, p. 65.
- 10 Circa i rapporti tra libera manifestazione del pensiero e legge contro l'omofobia e la transfobia cfr. L. Morassutto, *La spada e lo scudo*, in *Questione giustizia*, 2013, fascicolo 6, pp. 62 ss.

più, si tratta di una “questione politica, sociale, di diritti umani e civili”<sup>11</sup> a cui non si può più opporre un doloso silenzio.

Si deve invece considerare che in quel quadro di eguaglianza formale consacrato nell’art. 3 Cost. vi è prospettata una “necessaria indifferenza del soggetto rispetto a una serie di dati che altrimenti lo qualificerebbero in forme discriminatorie”<sup>12</sup>. È proprio però in questa asettica ed utopica prospettiva che irrompe il reale rappresentato dagli “ostacoli di fatto” di cui al secondo comma dell’art. 3 Cost., circostanze che “mettono alla prova l’adeguatezza dello schema formale rispetto al risultato, non soltanto sostanziale, che si vuole realizzare. La soggettività astratta si confronta e si misura sulla concretezza del reale. Da qui alla necessità di una legislazione diseguale in nome della realizzazione effettiva dell’eguaglianza il passo è obbligato”<sup>13</sup>. Ecco quindi che questo ritardo nel fornire una adeguata tutela alla comunità lgbt, evidenziando così una inerzia legislativa senza pari in Europa, si configura come esemplificazione di quella miopia tanto paventata da Calamandrei<sup>14</sup>.

Eppure questa miopia può nascondere qualcosa di più insidioso ed odioso, qualcosa di ben diverso dalla semplice incapacità o mancata volontà a legiferare. Come giustamente affermato “quello delle discriminazioni perpetrate dall’ordinamento giuridico a danno dei gay, lesbiche e transessuali è un tema di vitale importanza per ogni cittadino: per chiunque si proponga di verificare a quale stadio si trovi la nostra società nel cammino ideale verso la luce della ragione” ma altresì è un punto focale anche per il “giurista e per il penalista in particolare ... rappresenta un rinnovato stimolo alla riflessione sulla laicità dello Stato, sul perenne problema dei rapporti tra diritto penale e morale e dunque sulla secolarizzazione del diritto penale, sulla separazione tra reato e peccato, sul reato come fatto socialmente dannoso”<sup>15</sup>.

## 2. La genealogia dell’odio: il concetto di contro natura e la paura del contagio

È stato affermato che “gli elementi precursori dell’ostilità ponderata nei confronti dei gay e delle lesbiche provengono dalla tradizione giudaico-cristiana”, con la peculiarità che il cristianesimo è andato accentuando “l’ostilità della Legge ebraica e situa in un primo tempo gli atti omosessuali, ed in seguito le persone che li commettono, non solo al di fuori della Salvezza ma anche e soprattutto ai margini della Natura”<sup>16</sup>. È proprio l’estromissione dalla natura l’elemento precursore e capitale dell’ideologia omofoba. Il cessare di essere partecipe della natura umana, la disumanizzazione, *condicio sine qua non* della inferiorizzazione, diventa la chiave di lettura attraverso la quale giudicare il *vitium nefandum*<sup>17</sup>.

La prima condanna esplicita dell’omosessualità appare in una legge del 342 d.C. ad opera degli imperatori Costanzo e Costante<sup>18</sup> ma la teorizzazione dell’atto omosessuale come esplicita violazione del precetto divino, tutt’ora riproposta dalla Chiesa cattolica, la ritroviamo nella *Summa theologiae* di San Tommaso d’Aquino il quale, nell’analizzare il tema della sessualità umana, evidenzia come l’atto sessuale possa persino andare contro l’ordine naturale attraverso quattro distinti comportamenti: la masturbazione, la copula con esseri di altra specie (la bestialità); accoppiandosi con sesso indebito cioè

11 Come ricorda S. Celentano, *I diritti delle persone LGBTI nella risoluzione sui diritti umani del Parlamento Europeo*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015, commentando la risoluzione del 12 marzo 2015 del Parlamento europeo.

12 S. Rodotà, *op. cit.*, p. 147.

13 *Id.*, p. 147.

14 Si fa riferimento all’intervento di P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici, vol. II: Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, N. Bobbio (a cura di), Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 40 ove si legge: “la Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non deve essere miope”.

15 E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, in Stato, chiese e pluralismo confessionale, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), 2012.

16 Così D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio*, Bari, Dedalo, 2009, p. 40.

17 A. Barbosa, *Pastoralis sollicitudinis siue De officio, et potestate episcopi tripartita descriptio, ex Typographia Camerae Apostolicae*, 1623, reperibile in formato digitalizzato (15 marzo 2013) da Biblioteca Nazionale Centrale di Roma ovi si legge: “sodomiae crimen quare dicatur vitium nefandum [...] vitium hoc quare contra naturam dicatur. Peccatum est gravissimum, turpissimum, abominabile. Sodomitae igne comburuntur. Bona eorum confiscantur. Infames fiunt.”

18 P. Pedote, *Storia dell’omofobia*, Bologna, Odoya, 2011, p. 50. Il concetto di “atto contro natura” è quindi risalente e compare per la prima volta in un testo legislativo proprio nel *Corpus iuris civilis* di Giustiniano, espressione di una morale prettamente cristiana. Cfr. <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/Nov141.htm>.

maschi con maschi e femmine con femmine; non osservando il modo naturale della copula ossia non usando i debiti organi<sup>19</sup>. Risulta quindi evidente la riconduzione del concetto di liceità dell'atto sessuale nell'alveo unicamente della procreazione.

Questi brevi accenni storici alle radici dell'odio sembrerebbero mero tuziorismo e potrebbero apparire ingiustificati. Così non è. Basta por mano alla quaestio 142 di San Tommaso per avvedersi dell'esatto opposto. Leggiamo infatti nella *Summa theologiae*: "Ma quei peccati che sorpassano i limiti della natura umana sono ancora più disonoranti. Tuttavia anche questi sembrano ridursi per eccesso al genere dell'intemperanza: il fatto, per esempio, di provar gusto nel mangiare carne umana, o nel coito bestiale od omosessuale"<sup>20</sup>. Appare curioso come queste parole, scritte tra il 1266 ed il 1273 ricordino ben altre parole: "l'inserimento tra le circostanze aggravanti comuni previste dall'articolo 61 del codice penale della circostanza di aver commesso il fatto per finalità inerenti all'orientamento sessuale ricomprende qualunque orientamento ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo eccetera"<sup>21</sup> ed ancora "dittatura del relativismo, che vorrebbe l'equiparazione indistinta di tutte le pratiche sessuali, oggi dell'omosessualità, domani delle pratiche sadistiche e masochistiche e, infine, forse, della bestialità e di altre pratiche oggi ancora ritenute inaccettabili"<sup>22</sup>, ossia parole pronunciate nel 2009 e nel 2013, ben ottocento anni dopo.

L'omosessualità viene analizzata dalla Chiesa come orientamento specifico solo negli anni trenta e quaranta del XX secolo mentre i gay appaiono per la prima volta nei documenti ufficiali nel 1975, nella dichiarazione *Persona Humana*, dove si effettua un distinguo tra omosessuali la cui tendenza è transitoria da omosessuali definitivamente tali, per una specie di istinto innato o di costituzione patologica, giudicata inguaribile<sup>23</sup>.

Si tratta di un diverso atteggiamento che vede gli atti omosessuali come intrinsecamente disordinati<sup>24</sup> e che comunque non possono ricevere una qualunque approvazione. Permane sempre e comunque l'aggancio al tema della riproduzione definendo tali atti come contrari alla legge naturale e precludenti al dono della vita<sup>25</sup>.

- 19 San Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Prima pars secundae partis Quaestio 31, Articulus 7 "Uno quidem modo, si absque omni concubitu, causa delectationis venereae, pollutio procuratur, quod pertinet ad peccatum immunditiae, quam quidam mollitiem vocant. Alio modo, si fiat per concubitum ad rem non eiusdem speciei, quod vocatur bestialitas. Tertio modo, si fiat per concubitum ad non debitum sexum, puta masculi ad masculum vel feminae ad feminam, ut apostolus dicit, ad Rom. I, quod dicitur sodomiticum vitium. Quarto, si non servetur naturalis modus concumbendi, aut quantum ad instrumentum non debitum; aut quantum ad alios monstruosos et bestiales concumbendi modos" in <http://www.corpusthomicum.org/sth2026.html>.
- 20 *Et tamen illa etiam videntur reduci ad genus intemperantiae secundum quendam excessum, sicut si aliquis delectaretur in comestione carni humanarum, aut in coitu bestiarum aut masculorum.* In San Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Secunda pars secundae partis Quaestio 142 Articulus 4 in <http://www.corpusthomicum.org/sth2026.html>.
- 21 Questione pregiudiziale di costituzionalità avanzata dagli on.li Vietti, Buttiglione, Rao, Capitanio Santolini, Volonté, Ciccanti, Compagnon, Naro in relazione al testo unificato delle proposte di legge n. 1658 e 1882, recante l'introduzione nel codice penale della circostanza aggravante inerente all'orientamento o alla discriminazione sessuale. Su questo specifico punto si dirà più avanti.
- 22 La dichiarazione è di Mauro Ronco, Professore ordinario di diritto penale presso l'università di Padova ed è reperibile in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-legge-contro-lomofobia-e-una-violazione-della-liberta-6835.htm>.
- 23 "Relazioni omosessuali 8. Ai nostri giorni, contro l'insegnamento costante del magistero e il senso morale del popolo cristiano, alcuni, fondandosi su osservazioni di ordine psicologico, hanno cominciato a giudicare con indulgenza, anzi a scusare del tutto, le relazioni omosessuali presso certi soggetti. Essi distinguono — e sembra non senza motivo — tra gli omosessuali la cui tendenza, derivando da falsa educazione, da mancanza di evoluzione sessuale normale, da abitudine contratta, da cattivi esempi o da altre cause analoghe, è transitoria o, almeno, non incurabile, e gli omosessuali che sono definitivamente tali per una specie di istinto innato o di costituzione patologica, giudicata incurabile." in [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19751229\\_persona-humana\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19751229_persona-humana_it.html).
- 24 "Secondo l'ordine morale oggettivo, le relazioni omosessuali sono atti privi della loro regola essenziale e indispensabile. Esse sono condannate nella sacra Scrittura come gravi depravazioni e presentate, anzi, come la funesta conseguenza di un rifiuto di Dio. Questo giudizio della Scrittura non permette di concludere che tutti coloro, i quali soffrono di questa anomalia, ne siano personalmente responsabili, ma esso attesta che gli atti di omosessualità sono intrinsecamente disordinati e che, in nessun caso, possono ricevere una qualche approvazione". in [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19751229\\_persona-humana\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19751229_persona-humana_it.html).
- 25 Castità e omosessualità: 2357 ...La sua [omosessualità] genesi psichica rimane in gran parte inspiegabile. Appoggiandosi sulla Sacra Scrittura, che presenta le relazioni omosessuali come gravi depravazioni, la Tradizione ha sempre dichiarato che «gli atti di omosessualità sono intrinsecamente disordinati». Sono contrari alla legge naturale. Precludono all'atto sessuale il dono della vita. Non sono il frutto di una vera complementarietà affettiva e sessuale. In nessun caso possono essere approvati." in [http://www.vatican.va/archive/catechism\\_it/p3s2c2a6\\_it.htm](http://www.vatican.va/archive/catechism_it/p3s2c2a6_it.htm).

Nel 1986 la Congregazione per la dottrina della Fede interviene direttamente<sup>26</sup> con la “Lettera ai vescovi della chiesa cattolica sulla cura pastorale delle persone omosessuali”. Se le parole tradiscono il pensiero, appare piuttosto indicativo come per ben sette volte il documento parli dell’omosessualità in termini di problema. Nel documento citato, oltre a indicare l’omosessualità come “comportamento intrinsecamente cattivo dal punto di vista morale” la si qualifica anche come “disordine morale” e si afferma che “l’attività omosessuale impedisce la propria realizzazione e felicità perché è contraria alla sapienza creatrice di Dio. Quando respinge le dottrine erronee riguardanti l’omosessualità, la Chiesa non limita ma piuttosto difende la libertà e la dignità della persona, intese in modo realistico e autentico”.

Il catechismo oggi propone una politica del rispetto e dell’accoglienza, evitando ogni marchio di infamia e di ingiusta discriminazione<sup>27</sup>. La soluzione proposta è però, assurdamente, quella di abdicare alla propria libertà sessuale e reprimerla in una castità perenne<sup>28</sup> con buona pace dell’omofobia interiorizzata. Si tratta di una inevitabile “negativizzazione sociale” che si specifica come quel processo di assegnazione di significati negativi ai comportamenti ed alle identità non eterosessuali. Si attribuisce quindi alla omosessualità la qualifica di pulsione che si può scegliere di controllare generando in capo al credente una deflagrazione che porta ad una inaudita sofferenza psicologica. Quest’ultimo infatti o decide di vivere negando la sua affettività/sessualità oppure soffre per aver contravvenuto ai dettami della Chiesa, in ogni caso comunque è inevitabile che sacrifichi una parte di se stesso<sup>29</sup>.

La separazione dal pensiero scolastico in verità è solo apparente. San Tommaso fondava la morale cristiana non sulla semplice autorità delle Sacre Scritture ma anche *sull’accordo che egli vede tra leggi divine, leggi della Natura e Ragione ... la Ragione non può andare contro natura senza andare contro Dio... Ecco quindi che l’adulterio, lo stupro il ratto non sono più gravi della sodomia perché quest’ultima essendo un peccato contro natura fa violenza a Dio*<sup>30</sup> e ciò la rende indiscutibilmente il *crimen horribilis* per definizione<sup>31</sup>. La Chiesa non segue infatti le logiche di J. S. Mill ma ritiene, di contro, che il parametro non sia se gli atti tra adulti consenzienti danneggino o meno alcuno, quanto piuttosto se tali azioni sono contrarie ad un bene superiore, sovraordinato quindi alla libertà altrui e rappresentato dall’ordine naturale dei sessi e delle sessualità e pertanto in ultima istanza alla volontà divina<sup>32</sup>.

La natura è quindi l’agente primo che viene chiamato in causa per supportare il concetto di peccato e conseguentemente fondare il disgusto sia in termini emotivi che cognitivi. L’omosessualità viene così definita una minaccia sia alla sopravvivenza della specie quanto la principale aggressione al nucleo fondante la società ossia la famiglia. Emerge così quanto sta dietro la facciata. “L’ostilità nei confronti di qualsiasi intervento di contrasto all’omofobia nasce (a detta di autorevole dottrina) dal timore che una

26 “Tuttavia nella discussione che seguì la pubblicazione della Dichiarazione [Persona humana], furono proposte delle interpretazioni eccessivamente benevole della condizione omosessuale stessa, tanto che qualcuno si spinse fino a definirla indifferente o addirittura buona. Occorre invece precisare che la particolare inclinazione della persona omosessuale, benché non sia in sé peccato, costituisce tuttavia una tendenza, più o meno forte, verso un comportamento intrinsecamente cattivo dal punto di vista morale. Per questo motivo l’inclinazione stessa dev’essere considerata come oggettivamente disordinata”. [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19861001\\_homosexual-persons\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19861001_homosexual-persons_it.html).

27 “2358 Un numero non trascurabile di uomini e di donne presenta tendenze omosessuali profondamente radicate. Questa inclinazione, oggettivamente disordinata, costituisce per la maggior parte di loro una prova. Perciò devono essere accolti con rispetto, compassione, delicatezza. A loro riguardo si eviterà ogni marchio di ingiusta discriminazione. Tali persone sono chiamate a realizzare la volontà di Dio nella loro vita, e, se sono cristiane, a unire al sacrificio della croce del Signore le difficoltà che possono incontrare in conseguenza della loro condizione” in [http://www.vatican.va/archive/catechism\\_it/p3s2c2a6\\_it.htm](http://www.vatican.va/archive/catechism_it/p3s2c2a6_it.htm).

28 “2359 Le persone omosessuali sono chiamate alla castità. Attraverso le virtù della padronanza di sé, educatrici della libertà interiore, mediante il sostegno, talvolta, di un’amicizia disinteressata, con la preghiera e la grazia sacramentale, possono e devono, gradatamente e risolutamente, avvicinarsi alla perfezione cristiana.” in [http://www.vatican.va/archive/catechism\\_it/p3s2c2a6\\_it.htm](http://www.vatican.va/archive/catechism_it/p3s2c2a6_it.htm).

29 Così M. Graglia, *Omofobia strumenti di analisi e di intervento*, Roma, Carocci 2012, p. 128.

30 G. Dall’Orto, *Tutta un’altra storia, l’omosessualità dall’antichità al secondo dopoguerra*, Milano, il Saggiatore, 2015, pp. 145 ss.

31 Per esempio si confronti quanto affermato da mons. Babini, vescovo emerito di Grosseto il quale nel luglio 2010 dichiarava al sito pontifex.roma.it: “ho già espresso in varie occasioni la mia netta contrarietà all’omosessualità che considero una [...] vera perversione contro natura [...] la omosessualità in un prete se tradotta in pratica depravata è addirittura più grave della pedofilia, si tratta di uomini viziosi e perversi, che si sono abbandonati a oscene pratiche contro natura [...] scientificamente non vi è relazione tra le due cose. Ma io come vescovo sarei maggiormente comprensivo con un prete pedofilo che si penta e soffre della sua condizione che di questi viziosi. Le dico di più, se mi fosse capitato un pedofilo non lo avrei denunciato, ma cercato di redimere. Un padre come è il vescovo per un sacerdote non denuncia i figli che sbagliano e si pentono. Ma con i viziosi bisogna essere intransigenti”. dichiarazione rinvenibile in V. Lingiardi, *Citizen gay*, Milano, Il Saggiatore, 2012, p. 56.

32 Cfr. D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio*, Bari, Dedalo, 2009, p. 56.



legge contro l'omofobia possa aprire un varco verso l'equiparazione tra matrimonio e unione tra persone dello stesso sesso<sup>33</sup>. Questo, stando a chi si oppone ad una legge contro l'omotransfobia, dovrebbe essere il nocciolo duro da difendere strenuamente, ossia una ontologia del *genus familia* persistente al di là delle variazioni storiche e sociali<sup>34</sup> e che non può essere in alcun modo aggredito in quanto rispecchia la scolastica individuazione di un ordine secondo natura.

Contrapposto a questo immobilismo definitorio, che si concretizza in una visione del mondo imm modificabile in quanto rispondente non alla normazione umana (e pertanto soggetto ad un adeguamento temporale) quanto ad una Volontà terza, assoluta ed immutabile, vi è una rivoluzione dei costumi, i mutamenti nel campo della biologia, della tecnologia medica, i trapianti, la scoperta del Dna, la mappatura del genoma, la fecondazione in vitro, la ricerca sulle cellule staminali, la pillola del giorno dopo, fattori cioè che hanno avuto l'effetto di cambiare radicalmente le "leggi di natura". "Da un'era in cui le funzioni fondamentali della vita — nascere, sposare, procreare, morire — erano "naturali e modificabili solo traumaticamente o in modi socialmente condannati (l'aborto chirurgico, il suicidio, l'adulterio), siamo entrati in un'era in cui esistono, per ciascuno, opzioni diverse" appare così inevitabile che "quanto più cresce per gli esseri umani la possibilità di scegliere tanto più si restringe per la Chiesa la possibilità di controllare, certificare e solennizzare i grandi eventi naturali<sup>35</sup>." È proprio in questa visione contrapposta tra natura e contro natura, in cui tutto ciò che non è dogmaticamente orientato assume un disvalore intrinseco tanto da risultare ontologicamente contaminato, che si alimenta un clima omofobo. L'affermazione in forza della quale se si rinuncia ai valori morali intangibili della persona, della famiglia<sup>36</sup>, così come disegnati dal Magistero, si scivola nel crinale della autodistruzione, non lascia spazio a una riflessione alternativa.

Invece *tertium datur!* Una ostinata prosecuzione nell'additare gli omosessuali come diversi, disordinati, anaffettivi, sbagliati contribuisce in maniera determinante ad alimentare due distinte tipologie omofobe: quella esteriore, che consta di atti violenti o frasi che vanno dal dileggio, allo scherno, alla offesa più bieca; quella interiorizzata che spinge a considerarsi "il vomito di Dio"<sup>37</sup>.

La genealogia dell'odio ha però un ulteriore elemento caratterizzante; la moneta ha insomma due facce ed unitamente al concetto di contro natura vi è quello di disgusto e contagio. La teorizzazione sull'omofobia, come è noto, la si deve allo psicoanalista George Weinberg. La parola stessa contiene un assurdo logico: *omoios* e *fobos* ossia: paura del simile. Significa anzitutto una totale, assoluta incapacità di porsi in correlazione con il proprio simile e si estrinseca in quello che potremmo definire un furto perpetrato da terzi al proprio corredo umano attraverso una sistematica privazione dialettica ed altre volte violenta dei più basilari diritti che determinano l'individuo. Possiamo però davvero costruire il sintagma psicologico in termini di fobia<sup>38</sup>? Weinberg motivava così la sua opzione linguistica: "Coniai la parola omofobia per dire che era una fobia verso gli omosessuali. Una paura che sembrava essere associata ad un'altra paura: quella del contagio"<sup>39</sup>. Il passaggio è focale, non si tratta di mera paura, questo

33 E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, volume I, p. 21, il quale ritiene che questa *arrière-pensée* sia emblematicamente messa in luce dall'intervento dell'on. Paola Binetti alla Camera dei Deputati nel corso della seduta del 5 agosto 2013 dedicata all'esame del Ddl sull'omofobia AC 245-280-1071-A.

34 Di contro appare opportuno richiamare quanto in C. Saraceno, *Coppie e famiglie, non è questione di natura*, Milano, Feltrinelli, 2012, p. 24. L'autrice ricorda come "la storia delle forme di regolazione della famiglia in Occidente è storia di progressivi allargamenti del campo di ciò che è riconosciuto come socialmente possibile e lecito e al contempo di ridefinizioni dell'equilibrio tra obbligazioni e diritti individuali...[di come] i figli naturali siano stati equiparati a quelli legittimi, l'adozione abbia mutato e allargato il proprio significato e non è solamente una risposta alla sterilità, il matrimonio è divenuto reversibile, l'adulterio, specie femminile, non è più considerato reato, la contraccezione, quindi il controllo sulla fertilità, è divenuta legittima".

35 S. Romano, B. Romano, *La Chiesa contro. Dalla sessualità all'eutanasia tutti i no all'Europa moderna*, Milano, Longanesi, 2012, p. 72.

36 Conclusione rinvenibile nella lettura di M. Pera, J. Ratzinger, *Senza radici, Europa, relativismo, Cristianesimo, Islam*, Milano, Mondadori, 2004.

37 Cfr. Dario Bellezza, *Lettera da Sodoma*, in *Storia dell'omofobia*, P. Pedote (a cura di), Bologna, Odoya, 2011, p. 210.

38 Clinicamente questa è una consapevole paura che si caratterizza per essere eccessiva, irrazionale, inadeguata ed è accompagnata dal desiderio di liberarsene. Eppure l'omofobo ritiene giustificata la sua reazione negativa nei confronti dell'omosessuale. La sua "fobia" non inficia altresì la sua quotidianità sociale né egli vive tale condizione con disagio o con il bisogno di liberarsene, come ricorda V. Lingiardi, cit. p. 53.

39 Cfr. in [http://psychology.ucdavis.edu/rainbow/html/Beyond\\_Homophobia\\_2004.PDF](http://psychology.ucdavis.edu/rainbow/html/Beyond_Homophobia_2004.PDF) "It was a fear of homosexuals which seemed to be associated with a fear of contagion, a fear of reducing the things one fought for- home and family. It was a religious fear and it had led to great brutality as fear always does".

spiegherebbe solamente uno dei possibili aspetti della omofobia e specificatamente quello che si estrinseca nella formazione reattiva<sup>40</sup>, per una piena comprensione del fenomeno bisogna inevitabilmente richiamarsi al concetto di avversione e disgusto<sup>41</sup>. Questo può essere connotato da una forte componente cognitiva<sup>42</sup> ossia dall'idea che le persone hanno dell'oggetto, in ciò entrando simbioticamente in rapporto con il tema della contaminazione, in forza del quale la persona disgustata si sente infettata o in pericolo di infezione. Il disgusto si erge così, nelle teorizzazioni, come strumento di difesa della società dalla disintegrazione. Inevitabilmente, così facendo, l'omofobia si radicalizza nel tessuto sociale tanto che non diventa più il prodotto di una mente individuale problematica, bensì di un sistema sociale che crea una diversità e la marchia con il valore negativo<sup>43</sup>.

### 3. Uno sguardo all'Europa

#### 3.1 I dati di Ilga Europe e della European Union Agency for Fundamental Rights

Alle logiche medievalistiche protese a stigmatizzare la diversità in termini di malattia che trovano un preoccupante terreno fertile in Italia nei movimenti fondamentalisti cattolici, fa da contrappunto una Europa sempre più avanzata sul terreno dei diritti civili. Ed il confronto è davvero impietoso. Basta por mano ai dati diffusi da Ilga Europe<sup>44</sup> nel corso degli ultimi tre anni per ritrovarsi davanti ad uno scenario avvilente. Nel 2013 l'Italia si vedeva assegnata una percentuale del 19% in termini di equiparazione dei diritti civili fondamentali alla comunità lgbt<sup>45</sup>, mentre Portogallo, Spagna e Francia vantavano percentuali ben superiori (rispettivamente 65% Portogallo e Spagna e 64% la Francia). Ancor meglio si attestavano il Regno Unito (77%), il Belgio (67%), la Germania (54%). Il 2014<sup>46</sup> vedeva l'Italia crescere al 25% mentre gli altri Stati europei continuavano a giganteggiare: Regno Unito 82%, Belgio 78%, Germania 56%, Portogallo 67%, Spagna 73%, Francia 64%. Il recente rapporto Ilga Europe 2015 pone l'Italia, al 22%<sup>47</sup>. L'assenza di politiche a tutela della comunità lgbt fa sì che l'Italia passi dal 32° al 34° posto (su 49 Stati componenti l'area europea esaminata) e stride contro l'incredibile azione positiva condotta, per esempio, a Malta che nel solo arco di tre anni passa dal 35% al 77%.

Aride cifre che però fotografano il silenzio italiano.

Si badi che non è intenzione di chi scrive sostenere che in Europa vi siano isole felici, di contro esistono Stati che accortisi del problema omofobia hanno operato per arginarlo e sconfiggerlo. Questo avviene attraverso norme penali che connotano l'omofobia direttamente come reato o la prevedono come aggravante; avviene altresì con l'estensione dell'istituto matrimoniale, dell'adozione, della fecondazione eterologa, della maternità surrogata, con campagne mirate di formazione nelle scuole, con politiche sociali specifiche nei settori a maggior traino culturale quali lo sport.

Nel 2010<sup>48</sup>, la Commissione europea ha chiesto alla FRA<sup>49</sup> di raccogliere dati comparabili sulla discriminazione e sui crimini generati dall'odio subiti da persone LGBT negli Stati membri dell'UE e in Croazia. In risposta a tale richiesta, nel 2012 la FRA ha lanciato online la sua indagine UE sulla comunità LGBT. L'indagine, che ha raccolto 93.070 testimonianze, mostra che nell'Europa di oggi le persone LGBT

40 Vedi: [http://www.psychologytoday.com/files/u47/Henry\\_et\\_al.pdf](http://www.psychologytoday.com/files/u47/Henry_et_al.pdf).

41 Imprescindibile in tal senso è il lavoro di M. C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, Milano, il Saggiatore, 2011.

42 Cfr. altresì quanto sviluppa M. C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, Carocci, 2007.

43 Cfr. M. Graglia, *Omofobia, strumenti di analisi ed intervento*, Roma, Carocci, 2012, p. 24.

44 Fondata nel 1978, l'International Lesbian and Gay Association è un'associazione internazionale che riunisce più di 400 gruppi omosessuali di tutto il mondo, presente in circa 90 nazioni, la cui sezione europea è accreditata presso la Commissione europea. Ogni anno Ilga Europe produce un rapporto, chiamato Rainbow map, sullo stato di equiparazione dei diritti della comunità lgbt negli Stati Europei.

45 <http://ilga.org/ilga-s-state-sponsored-homophobia-report-2013-happiness-and-anger/>.

46 [http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA\\_SSHR\\_2014\\_Eng.pdf](http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_SSHR_2014_Eng.pdf).

47 <http://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/2015>.

48 <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-results>.

49 European Union Agency for Fundamental Rights.

sentono di non potersi esprimere liberamente nella vita quotidiana; emergono importanti differenze tra i vari Paesi per quanto riguarda la percezione degli intervistati e le esperienze di discriminazione, molestie e violenza fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Ciò vale anche per la percezione della gravità degli atteggiamenti sociali negativi nei confronti delle persone LGBT, così come per le strategie evitanti messe in atto per timore di essere aggrediti, minacciati o molestati<sup>50</sup>. Dai dati riportati discende la sollecitazione da parte della FRA, rivolta all'UE ed agli Stati membri, a prendere in considerazione l'adozione di una legislazione che contempli provvedimenti contro l'incitamento all'odio omofobico, il potenziamento del riconoscimento e la protezione delle vittime LGBT di crimini generati dall'odio, includendo nelle legislazioni nazionali l'odio omofobico e transfobico come possibili moventi di reati fondati sul pregiudizio<sup>51</sup>. È lungo questo tracciato che si riempie di significato la decisione quadro 2008/913/GAI<sup>52</sup> dove, per l'appunto, "l'importanza di tale documento sta nel fatto che una volta adottata la Decisione quadro, medesimi comportamenti costituiranno reati eguali in tutti gli Stati membri"<sup>53</sup>. Uno sguardo generale permette di affermare che discorsi connotati da forte aggressività, a volte da vero e proprio odio contro le persone LGBT, dipinte come una minaccia per la società<sup>54</sup>, sono presenti in diversi Stati. Il rapporto COE riferisce che ben 38 dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa si è però mosso nel senso di riconoscere che proprio l'orientamento sessuale è uno dei terreni su cui si combatte la guerra contro la discriminazione e proprio per questo hanno adottato misure volte a contrastarla. Un problema comune a tutti gli Stati è infine la reazione ai crimini d'odio, spesso integrata da una forma di omofobia interiorizzata che porta alla mancata denuncia dei crimini<sup>55</sup>.

Una realtà tristemente confermata anche in Italia ove vi è quasi una totale impossibilità a reperire informazioni certe ed ottenere una rilevazione statistica attendibile sul fenomeno. Il vuoto di tutela legislativa<sup>56</sup> e la mancanza di una rilevanza giuridica del movente omofobo comportano infatti una sorta di invisibilità delle vittime. A questo aggiungasi una sorta di autocensura che fa sì che molti casi di violenza rimangano o per decisione delle vittime o per mancanza di informazioni ufficiali da parte delle forze dell'ordine, in un ambito di estrema riservatezza e pertanto non denunciati. Nonostante i dati forniti

- 
- 50 Quasi la metà (47%) di tutti gli intervistati ha dichiarato di essere stata discriminata o molestata in prima persona nell'anno precedente all'indagine per motivi legati all'orientamento sessuale. Oltre l'80% degli intervistati in ogni Stato membro dell'Unione europea ricorda commenti negativi o atti di bullismo a scuola nei confronti di giovani LGBT. Il 26% di tutti gli intervistati LGBT dell'UE è stato vittima di atti di violenza o di minacce di violenza nei cinque anni precedenti. Meno di uno su cinque (17%) ha denunciato alla polizia il più recente episodio di violenza generata dall'odio che aveva subito.
- 51 Chiosa inoltre il rapporto con una sollecitazione a considerare la possibilità di formare il personale delle forze dell'ordine, anche per quanto riguarda le modalità di registrazione dei casi di denuncia.
- 52 Si tratta di una decisione la cui gestazione può essere ricondotta già al piano intergovernativo approvato durante il Consiglio europeo di Corfù del 1994 ove si sottolineava la ferma condanna circa il persistere di manifestazioni di intolleranza, razzismo e xenofobia. Il cammino che portò all'adozione della decisione citata conobbe un acceso dibattito proprio in ragione del problema della legittimità dei delitti di istigazione e quindi della sanzionabilità di comportamenti riferibili alla libera manifestazione del pensiero. Grazie all'impulso del semestre di presidenza tedesca nel 2007 si giunse all'adozione della Decisione quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia (in G. U. L328/55 del 6 dicembre 2008).
- 53 L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, Cedam, 2009, p. 46.
- 54 In questo senso è assolutamente drammatico quanto riportato in [http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf) ove si legge: "In some member states, being gay or lesbian is viewed as a 'betrayal' of national values and unity. Such arguments may be grounded on a specific understanding of the nation or the state which aims to preserve the homogeneity of the nation. For example, an interlocutor from the authorities explained that in Armenia the being homosexual is often seen as disloyal to the traditional values of the Armenian people. In other countries, LGBT persons may also be seen as damaging the unity and moral order of the country. With reference to the organization of an LGBT Pride parade in the Russian Federation, the Moscow Patriarchate was quoted as stating that it 'infringes on our multi-ethnic nation's moral norms, on public order, and in the long run – on people's future. ... If people refuse to procreate, the nation degrades. So the gay propaganda ultimately aims at ruining our nation.' In a study from Bosnia and Herzegovina 77% of respondents believed that accepting homosexuality would be detrimental for the country. In a Serbian study, half of the respondents thought that homosexuality was dangerous to society, and that state institutions should work to prevent homosexuality".
- 55 [http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf). Il dato è confermato da tutte le fonti ufficiali. Ogni singolo rapporto consultabile evidenzia come vi sia un problema oggettivo a raccogliere dei dati precisi sui crimini d'odio in quanto le persone tendono a non denunciarli. Questo avviene per una molteplicità di fattori che congiungono insieme contro l'emersione del reato. Anzitutto esiste un problema di omofobia interiorizzata per il quale la vittima tende a disprezzarsi al punto tale da non riconoscere di essere soggetto passivo di un reato, in secondo luogo il timore che denunciando il fatto inevitabilmente emerge la sua identità sessuale, il timore di essere comunque isolato e non trovare negli organi competenti un valido aiuto.
- 56 In molti Stati membri gli *hate crimes* o i reati a base omofobica o transfobica non appaiono nelle statistiche ufficiali. Solamente 18 degli Stati membri considera l'incitamento all'odio, la violenza o la discriminazione su base dell'orientamento sessuale come un crimine. Diversamente, 15 Stati membri considerano il movente omofobico o transfobico come una aggravante.

dal COE, dalla FRA<sup>57</sup>, da Ilga Europe siano ufficiali e pubblici e denunciino tutti la difficoltà a raccogliere informazioni che fotografino con esattezza e non con parzialità la realtà delle aggressioni alla comunità lgbt vi è comunque ancora chi, colpevolmente, li ignora al punto da dichiarare un progetto di legge contro l'omofobia e la transfobia ideologico e liberticida<sup>58</sup>. Piuttosto curioso infatti che il ventiseiesimo componente la Commissione giustizia Senato citi come dato oggettivo atto a fotografare la realtà il rapporto Osgad ma, sbadatamente, non richiami i contenuti della tabella 5 annessa al rapporto Fra 2012 denominata: *"Classification of official data collection mechanisms pertaining to hate crime, information current as of September 2012, by EU Member State"* ove l'Italia è inserita nell'elenco dei Paesi che abitualmente non pubblicano i dati statistici. Lo stesso rapporto FRA citato, afferma che: *"The Italian Parliament voted down a bill that would have set rules to protect victims of crime motivated by homophobia or transphobia (Norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia) in July 2011, the predecessor of which had been rejected in October 2009."*<sup>59</sup> This vote means that crimes motivated by sexual orientation or transgender identity will still not appear in official statistics; the police will still not record homophobia or transphobia as crime motives, as these are not covered by criminal law, nor will they be considered aggravating circumstances in the commission of other crimes<sup>59</sup>.

### 3.2 Stati a confronto

Eppure, nonostante i dati statistici più sopra riportati, si assiste, di primo acchito, ad un aumento dei casi di omofobia in Europa e l'iperbole di violenza riguarda per l'appunto quelle nazioni che si sono dotate di istituti giuridici sin qui sollecitati quali il matrimonio e che, nella teoria prospettata, sembravano essere istituti necessari per una maggiore integrazione sociale. Ad una analisi strumentalizzata o superficiale questo dato offre la sponda per sostenere tesi ancor più discriminatorie quali l'inutilità di una legge contro l'omofobia piuttosto che la inevitabile conseguenza di una reazione del corpo sociale nei confronti di un istituto trapiantato e quindi rigettato. Nulla di più lontano dal vero. L'analisi invece del dato porta ad una conferma della teoria sin qui sostenuta.

In Francia l'associazione Sos omophobie<sup>60</sup>, creata nel 1994, rappresenta un interlocutore privilegiato per l'analisi del dato statistico. Pur senza avere velleità scientifiche o crismi di assoluta certezza, raccoglie testimonianze e dati dalle associazioni diffuse sul territorio francese, nonché articoli della stampa specialistica. Nel 1997 i casi di omofobia denunciati erano 365; nel 2011 ben 1556, per giungere nel 2012 a 1977 casi, un aumento cioè del 27% tra il 2011 ed il 2012. Quello che è emerso dalla analisi condotta dalla associazione Sos omophobie nel suo rapporto<sup>61</sup> è che la forte "mediatizzazione" e comunicazione delle tematiche gay ha creato maggiore visibilità, maggiore consapevolezza, maggiore identificazione. Da qui la naturale emersione di quella cifra nera che prima non si era in alcun modo manifestata. Esiste, continua l'associazione Sos omophobie, una maggiore consapevolezza nella vittima e una maggiore capacità di identificazione nel diritto con la conseguenza immediata e diretta di non tollerare più fenomeni di discriminazione. Interessante altresì da un punto di vista sociologico-giuridico la tipologia delle manifestazioni omofobiche. Spicca in questo senso il dato internet<sup>62</sup>, tanto che il 35% delle aggressioni omofobiche avviene a mezzo internet per l'appunto.

57 Rife [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012\\_hate-crime.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf) p. 7 *"Victims and witnesses of hate crimes are reluctant to report them, whether to law enforcement agencies, the criminal justice system, non-governmental organizations or victim support groups. As a result, victims of crime are often unable or unwilling to seek redress against perpetrators, with many crimes remaining unreported, unprosecuted and, therefore, invisible"*.

58 A sostegno di ciò vengono citate proprio quelle statistiche che lo stesso Consiglio d'Europa dichiara essere non attendibili in quanto deficitarie. Nello specifico viene utilizzato un documento dell'Osgad che attesta che dal 2010 sono pervenute 83 segnalazioni, relative complessivamente ad offese, aggressioni, lesioni, istigazione alla violenza, danneggiamenti, casi di suicidio e minacce relativi all'orientamento sessuale (<http://www.carlogiovanardi.it/sito/modules.php?name=News&file=article&sid=2556>).

59 Rife [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012\\_hate-crime.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf) pag. 37. Aspetto che la dottrina minoritaria totalmente ignora, v. F. Pesce in *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015, la quale richiama i dati Osgad concludendo che in realtà la percezione del fenomeno, amplificata dal clamore mediatico, esagera quella che è la fotografia reale del problema.

60 <http://www.sos-homophobie.org/>.

61 <http://www.sos-homophobie.org/rapport-annuel-2013>.

62 35% internet, 10% lavoro, 10% famiglia, 9% luoghi pubblici; 7% omofobia interiorizzata; 7% vicinato; 5% scuole superiori; 5% commercio e servizi; 4% media; 3% politica fonte <http://www.sos-homophobie.org/rapport-annuel-2013>.



Per quanto riguarda i Paesi Bassi questi hanno adottato un documento unico di programmazione politica in materia di diritti delle persone lgbt denominato “*Simply Gay*”<sup>63</sup> per il periodo 2008–2011 comprendente 24 progetti promossi da vari servizi pubblici al fine di incrementare l’accettazione sociale e l’*empowerment* dei cittadini lgbt portando a enormi risultati in termini di rispetto e di inclusione<sup>64</sup>. Anche in questo caso però possiamo trovare un dato in cui siamo già incappati in precedenza. Dice il rapporto FRA: “*In recent years the Dutch media has reported an increase in violence against LGBT persons. [...] These news reports create the impression that physical, homophobic violence has increased in the Netherlands in recent years.*” Vengono infatti registrati 127 casi nel 2002 saliti a 236 nel 2008. Ecco però che il rapporto individua correttamente la ragione di tale incremento: “*However, it seems difficult to draw firm conclusions from these statistics, since not all victims report their case. On the other hand, greater publicity of the anti-discrimination bureaus may have led to a higher number of reports*”<sup>65</sup>.

Per quanto attiene il Regno Unito il discorso si fa ancora più complesso, anzitutto per il dato riguardante il Commonwealth. Dei 78 Stati che nel mondo condannano i rapporti omosessuali oltre la metà appartiene al Commonwealth<sup>66</sup> (ben 41 su 53). Il dato si comprende osservando la composizione geografica<sup>67</sup> di tali realtà statali che compongono il multiforme assetto del Commonwealth. Nel Regno Unito, nello specifico in Scozia, si è assistito ad un aumento dei crimini d’odio sessualmente orientati del 40%. Anche questa volta l’ancoraggio del dato è dato dalla maggior capacità delle vittime di rendersi partecipi del fenomeno giustizia permettendo così che i crimini vengano perseguiti. Il rapporto Ilga 2013<sup>68</sup> riferisce infatti che “*The increase may be due to higher levels of reporting*”<sup>69</sup>.

Il dato tedesco<sup>70</sup> è particolarmente interessante per il rapporto tra religione e sessualità. In questo senso l’elemento di integrazione sociale trova un blocco netto nella pratica religiosa, peculiariamente quella musulmana. Lo studio *Einstellung zur Homosexualität*<sup>71</sup>, realizzato nell’ambito di un progetto dell’Associazione di lesbiche e gay in Germania e finanziato dal Ministero Federale per la famiglia ha visto coinvolti 922 studenti<sup>72</sup> delle scuole superiori di Berlino di età compresa tra i 14 e i 20 anni ed è emerso che più è radicata la religione tra i giovani musulmani, più questi sono ostili all’omosessualità. Questa correlazione si trova anche tra i giovani con provenienza russa e tra i giovani polacchi.

Da quanto esaminato discende un dato evidente. Gli Stati che hanno adottato da tempo politiche inclusive sono riusciti a creare una maggior integrazione sociale che si accompagna ad una reazione consapevole nei confronti degli atteggiamenti omofobi che ha comportato un aumento delle denunce

63 [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1757-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS1\\_IT.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1757-FRA-Factsheet-Homophobia-Study-2010-FS1_IT.pdf).

64 Il 95% della popolazione olandese crede che gay e lesbiche dovrebbero poter vivere come meglio credono, una percentuale simile (97%) si sentirebbe a proprio agio ad avere un vicino di casa gay. Il 68% afferma di avere amici o conoscenti LGBT (punteggio più alto in Europa, media europea 38%). Questa nazione, inoltre, è in prima posizione nell’accettazione del matrimonio tra omosessuali (82%) e adozione da parte di queste coppie (69%). Infine, il 70% degli olandesi pensa che la relazione di coppia omosessuale non sia affatto sbagliata [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/386-FRA-hdgo-part2-NR\\_NL.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/386-FRA-hdgo-part2-NR_NL.pdf).

65 [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1363-LGBT-2010\\_thematic-study\\_NL.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1363-LGBT-2010_thematic-study_NL.pdf) p. 45.

66 Forse vale la pena ricordare che la Jamaica prevede i lavori forzati e 10 anni di prigione, il Kenya 14 anni, 20 anni la Malesia, 25 anni Trinidad e Tobago, Bangladesh, Barbados, Guyana, Pakistan, Sierra Leone, Tanzania e Uganda l’ergastolo, la Nigeria la pena di morte. Nel Cameroon l’arresto consegue ad atti che indicino tendenze omosessuali o se si è autori di scritti (anche difensivi) a tematica omosessuale, così se “*appearing like a woman*”.

67 Il riferimento è alla forte componente religiosa che informa la vita negli Stati africani così come l’orientamento culturale e religioso degli Stati a matrice medio-orientale ove pare opportuno ricordare che la pena stabilita dalla Sharia per l’omosessualità è “tagliare in due con una spada o tagliare a testa o fenderla in due. Una volta a terra, dopo la sua morte, si dovrà approntare una pira, disporvi sopra il cadavere, dargli fuoco e bruciarlo oppure portarlo in cima a una montagna e gettarlo di sotto. I resti del corpo vanno poi recuperati e bruciati. O si dovrà scavare una buca, appiccare un fuoco e gettarvi il colpevole ancora vivo” in D. Borillo, *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, Bari, Dedalo, 2009, p. 109.

68 <https://dl.dropboxusercontent.com/u/15245131/2013.pdf> p. 229.

69 Circa il dato inglese giova ricordare che “*In October, the prosecution service for England and Wales released figures for hate crimes prosecuted by them between April 2011 and March 2012. There were 1208 prosecutions for homophobic and transphobic hate crimes, a 6% fall on the previous year.*” Anche in questo caso l’aumento è riconducibile ad un maggior implemento della consapevolezza dell’omofobia come crimine.

70 [http://www.rom.diplo.de/Vertretung/rom/it/newsletter/Ausgaben\\_NL/04\\_12/Homophobie-Jugendliche.html](http://www.rom.diplo.de/Vertretung/rom/it/newsletter/Ausgaben_NL/04_12/Homophobie-Jugendliche.html).

71 <http://www.migrationsfamilien.de/fileadmin/migration/pdf/LSVD-Studie-Simon.pdf>.

72 Secondo questa ricerca, tra i giovani è largamente diffuso un atteggiamento ostile all’omosessualità, Tra gli alunni di origine russa la percentuale era del 75,8 per cento e del 78,9 per cento tra ragazzi di origine turca. Le studentesse erano meno critiche, in ogni caso anche qui era percentualmente maggiore la disapprovazione tra giovani russe e turche.

provocando così l'emersione della cifra nera di aggressioni, individuando in taluni casi una stretta correlazione tra religione ed intolleranza<sup>73</sup> e tra emarginazione ed intolleranza.

## 4. Il caso Italia

### 4.1 Dalla Legge Reale all'attuale disegno di legge "Scalfarotto"

In questo quadro sovranazionale l'Italia tenta da diverso tempo, con fallimenti costanti<sup>74</sup>, di inserirsi, cercando di dotarsi di una normativa volta a punire i comportamenti omo-transfobici ma resistenze parlamentari di derivazione ultracattolica hanno sempre fatto naufragare tali sforzi<sup>75</sup>. Argomentazioni spesso di facciata<sup>76</sup> sono state utilizzate per osteggiare la creazione della norma; in questa sede prenderemo in considerazione unicamente i rapporti tra libera manifestazione del pensiero e legge contro l'omotransfobia.

La scelta oggi all'esame dell'Aula parlamentare riguarda l'estensione della Legge Reale Mancino ai motivi omotransfobici. Punto di partenza imprescindibile è pertanto la legge Reale, che, come noto, dà attuazione alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale<sup>77</sup>. L'art. 3 della Legge Reale, nella sua pristina formulazione<sup>78</sup> recitava: "ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione...". Gli obblighi internazionali assunti sono quindi rintracciabili nell'art. 4 della Convenzione, il quale recita: "Gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore, o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio". Gli Stati si impegnano poi a "a) A dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica [...]". Uno dei comportamenti che la Convenzione chiede essere perseguito è la *dissemination* cioè la diffusione di idee. La lotta alla discriminazione razziale prevedeva espressamente l'impegno ad eradicare ogni forma possibile di aggressione all'individuo, nella sua forma più espressa quanto in quella più latente. Tale spirito normativo viene recepito e fatto proprio dalla stessa

73 Circa la correlazione tra religione ed intolleranza risulta paradigmatico quanto accade in taluni Stati del continente africano ove si verifica una vera e propria *gay hunting*, da ricondurre per l'appunto ad una campagna omofoba condotta dalle religioni presenti sul territorio. Sia le professioni di fede cristiana, in particolare le chiese americane, quanto islamica conducono una lotta senza esclusioni di colpi per eliminare quella che viene definita una dannazione innaturale, sulla scorta che l'omosessualità non esistesse prima del colonialismo bianco, tanto da definirla un *african* o *white disease*, (B. Evaristo, *The Guardian*, *The idea that African homosexuality was a colonial import is a myth*, 8 marzo 2014 [http://www.zimbabwe-situation.com/news/zimsit\\_the-idea-that-african-homosexuality-was-a-colonial-import-is-a-myth/](http://www.zimbabwe-situation.com/news/zimsit_the-idea-that-african-homosexuality-was-a-colonial-import-is-a-myth/)). E tutto ciò deliberatamente ignorando gli ultimi studi antropologici in materia (M. Epprecht, *Heterosexual Africa?: The History of an Idea from the Age of Exploration to the Age of AIDS*, Ohio University Press Athens, 2008).

74 Cfr Camera dei Deputati, XVI Legislatura, *Dossier di documentazione n. 259*, 9 dicembre 2009, *norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, AC 2802 e AC 2807.

75 "contro qualsiasi legge di contrasto all'omofobia militano, in politica, una serie di fattori concorrenti, che pesano come macigni: il calcolo di chi è disposto a pagare qualsiasi prezzo pur di assicurarsi il sostegno della Chiesa cattolica; la becera ostilità alla legge di chi, dall'alto di un seggio in Parlamento, o addirittura dai banchi del Governo addita al pubblico disprezzo gli omosessuali; il fanatismo ideologico dei paladini della "natura" e del solo "amore secondo natura" in E. Dolcini, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 1395.

76 Per una critica a tali argomentazioni si rinvia a L. Morassutto, *La legge contro l'omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?* in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013. Si veda anche: E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011; E. Dolcini, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 2011; per una visione critica A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013; G. Riccardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014.

77 Approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 21 dicembre 1965.

78 Questo testo verrà poi modificato con il decreto legge 26 aprile 1993 n. 122, conosciuto come decreto legge Mancino in: "anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'art. 4 della convenzione".

Italia la quale in sede di firma della Convenzione e poi di ratifica dirà: “ *The positive measures, provided for in article 4 of the Convention and specifically described in sub-paragraphs (a) and (b) of that article, designed to eradicate all incitement to, or acts of, discrimination, are to be interpreted, as that article provides, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of the Convention. Consequently, the obligations deriving from the aforementioned article 4 are not to jeopardize the right to freedom of opinion and expression and the right to freedom of peaceful assembly and association which are laid down in articles 19 and 20 of the Universal Declaration of Human Rights...* ”<sup>79</sup>. Vi era quindi una perfetta consapevolezza del fatto che la Convenzione poneva una limitazione alla libera manifestazione del pensiero ma di contro l'Italia riteneva che le obbligazioni che era andata a sottoscrivere non costituivano una frustrazione dei diritti di libertà di opinione e di espressione o di libera associazione in quanto comunque andavano ascritti in un contesto più ampio rappresentato dal contenuto dell'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Gli obblighi internazionali assunti trovano quindi espressione nell'art. 3 della citata legge Reale il quale si può dividere in due lettere contenenti la previsione penale per differenti tipologie di condotta. Alla lettera a) si considerava la penale responsabilità a fronte di una condotta consistente nella diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, diffusione che poteva avvenire in qualsiasi modo. Alla lettera b) si andava a sanzionare chi incita, anche qui “ *in qualsiasi modo*”, alla discriminazione o incita a commettere atti di violenza o provocazione alla violenza o diversamente commette atti di violenza o di provocazione alla violenza. L'incitamento e la commissione venivano quindi disciplinati nello stesso capoverso prevedendo una medesima pena.

Il quadro normativo antidiscriminatorio si andò poi arricchendo dei contenuti della legge 8 marzo 1989 n. 101 intitolata “Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane”. In particolare preme sottolineare quanto all'art. 2 comma 5: “Il disposto dell'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si intende riferito anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso”. Or dunque, dalla lettura della legge 101/1989 emerge chiara la prospettiva al diritto alla diversità, corollario del diritto a conservare la propria identità e vederla rispettata dagli altri<sup>80</sup>. In forza del fatto che per la comunità ebraica l'aspetto etnico è indissolubilmente connesso a quello religioso appariva peculiare la condizione di tale realtà sociale rispetto ai contenuti della legge Reale. In quanto firmataria dell'intesa, l'Unione delle comunità ebraiche aveva accettato la qualifica, culturalmente riduttiva se riferita all'ebraismo<sup>81</sup>, di ente esponenziale di una realtà che è anche ma non solo una confessione religiosa.

Si giunge quindi alla successiva tappa evolutiva della materia rappresentata dal decreto legge 26 aprile 1993 n. 122 conosciuto come decreto legge Mancino. Sulla scorta di forti tensioni sociali e di recrudescenti manifestazioni di intolleranza il legislatore decideva quindi di intervenire ampliando l'alveo dentro il quale la legge andava ad operare, modificando inoltre lo stesso *modus agendi* della norma. L'ambito di tutela veniva quindi esteso anche alle ipotesi di discriminazione attinenti la sfera religiosa. La norma poi contiene una ulteriore innovazione consistente nella trasposizione a livello di “motivi dell'azione criminosa di quel profilo del fatto tipico che in precedenza veniva costruito mediante il riferimento all'offesa rivolta contro persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale”<sup>82</sup>. Questa estensione non riguarda di contro la lett. a) prima parte, ove rimane la previsione penale per gli *hate speeches* e si punisce per l'appunto con la reclusione sino a tre anni “chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico”. La seconda parte della lettera riformata considera le condotte di chi incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi. L'estensione della tutela alla sfera religiosa va quindi considerata unicamente in rapporto a questa seconda parte ossia all'incitare o al commettere atti di discriminazione non invece al diffondere idee. Pare quindi che il legislatore del 1993 non avesse voluto estendere il limite operativo espresso dalla Convenzione per la parte relativa alla diffusione di idee, andando invece a colpire quelle forme di azione contenenti un *quid pluris* oltre al mero pensiero ossia la commissione (o l'incitamento a commettere)<sup>83</sup>. Agli occhi del giurista appare quindi inevitabile uno scontro tra due

79 [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec).

80 G. Fubini, *Variazioni sull'art. 5 della Costituzione, ovvero della libertà di essere diseguali*, in *Foro italiano*, 1960, IV, cc. 199-205 in particolare c. 201.

81 Cfr in tal senso D. Tedeschi, *Presentazione della intesa con lo Stato al congresso straordinario dell'Unione delle comunità israelitiche italiane*, in *Rassegna Mensile di Israele*, 1987/1-2, p. XVII.

82 Cfr. in tal senso G. De Francesco, *D.L. 26/4/1993 n. 122*, in *Legislazione penale*, 1993, p. 176.

83 Ricorda però A. C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 116 che “la prima libertà è quella non solo di esprimere le proprie idee, ma di cercare in ogni modo di divulgarle; di convincere chi non le divide”. Ed ancora C. Fiore,

diversi orientamenti: da una parte riconoscere massima estensione e nessuna contrazione al diritto di libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., dall'altra teorizzare un bilanciamento di tale libertà con altri interessi potenzialmente confliggenti e che non necessariamente debbono soccombere.

Il nuovo contenuto della legge, a suo modo, risolve l'interrogativo circa la possibilità di punire l'*hate speech*. In questo senso vi è chi ha sostenuto, con precipuo riferimento all'applicazione alla razza dell'art. 3 l. 654/75, che "la persistente diffusione di idee razziste ed incitamento ad atti di discriminazione razziale rende necessario l'intervento della sanzione penale, perché siano preservati e garantiti realmente i fondamenti essenziali della convivenza sociale nell'attuale società pluralista e multi-etnica di fronte ad intenzionali e specifiche aggressioni che — seppure ideologiche o verbali — offendono realmente ed in concreto la dignità delle persone ed il loro diritto di uomini *alla diversità*<sup>84</sup>." L'evoluzione normativa fa sì che il testo ora non contempli più l'"incitamento alla discriminazione" ma l'"incitamento ad atti di discriminazione" presupponendo in tal modo la punibilità di specifici comportamenti discriminatori a danno di singoli invece che di atti genericamente intesi come minaccia al patrimonio democratico collettivo<sup>85</sup>. Si conviene cioè che oggetto di tutela è la pari dignità sociale come evocata all'art. 3 Cost. e riconducibile a monte all'art. 2 Cost, in ottica per l'appunto di bilanciamento tra valori costituzionali preminenti ma allo stesso tempo contrapposti. In tal modo se penalmente protetto è un "diritto fondamentale" riconosciuto dall'art. 2 della Cost. non si può parlare di una mera incriminazione di opinioni od idee essendo tale bene giuridico messo concretamente, non solo astrattamente, in pericolo se non addirittura violato dalla diffusione di idee fondate su concettualizzazioni che portano a ritenere un individuo superiore all'altro solo perché quest'ultimo non si uniforma ad un criterio di maggioranza (razza bianca, confessione maggioritaria, lingua italiana, eterosessuale)<sup>86</sup>.

Appare *ictu oculi* evidente come la normativa del 1993 sia di fatto più ampia<sup>87</sup> rispetto alla precedente legge Reale. La stessa *ratio legis* è diversa<sup>88</sup> in quanto l'obiettivo della legge Reale era andare ad evitare che si producessero conseguenze sul piano sociale a seguito delle azioni di istigazione alla discriminazione razziale. Non veniva quindi tutelata la dignità umana, violata nel contesto di un rapporto discriminatorio generatosi nei confronti di una persona, quanto piuttosto veniva posto un argine al fine di evitare che in un contesto più grande — un gruppo per l'appunto — vi fosse l'adesione in forma diffusa a dei contenuti razzisti da cui potesse derivare un concreto turbamento per la coesistenza pacifica ed ordinata tra gruppi nazionali o etnici astrattamente antagonisti. Ciò avrebbe quindi di riflesso comportato un pericolo per l'ordine pubblico e conseguentemente avrebbe minato la stabilità dei rapporti sociali e politici.

Diversamente opera la disciplina del decreto legge Mancino ove vengono espressamente contemplati e puniti anche singoli atti discriminatori colti nel loro stesso *iter vitae*. La tutela infatti si sviluppa in forma preventiva, colpendo le attività di incitamento ed evitando così la propagazione a livello sociale di pratiche discriminatorie ma anche repressiva nei confronti di chi pone in essere comportamenti discriminatori<sup>89</sup>.

Da qui anche una diversa prassi applicativa. Si va ad incriminare la diffusione e l'incitamento all'odio razziale per salvaguardare il primato della persona umana mutando il bene offeso che non è più la pace sociale, l'ordine pubblico, la personalità dello Stato quanto la dignità umana. Quest'ultima, nella previsione dell'art. 3 della legge Reale, viene declinata in termini di "diritto di ciascuno alla differenza", vale a dire "ad essere come si è, per natura ed appartenenza": diritto personale, che merita piena tutela nell'interesse stesso della collettività che certamente non si depauperava nell'aprirsi al prossimo, contra-

---

*I reati di opinione*, Padova, Cedam, 1972, p. 127 quando afferma: "in una società democratica, la libertà di manifestazione del pensiero va concepita soprattutto in funzione delle scelte pratiche dell'azione e, quindi, come libertà di discussione e di propaganda, di contestazione, di denuncia; come garanzia contro la mistificazione, il dogmatismo e il conformismo acritico".

84 L. Picotti, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del Tribunale di Verona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2005, p. 81.

85 In questo senso P. Tanzarella, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 57.

86 In questo senso sempre L. Picotti, *ivi.*, p. 82.

87 Ampiezza che verrà ulteriormente sottolineata attraverso l'introduzione ad opera dell'art. 18 bis della legge 482 del 1999 "Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche". Questa operazione ha permesso di estendere l'applicazione dell'articolo 3 della legge Reale "anche ai fini di prevenzione e di repressione dei fenomeni di intolleranza e di violenza nei confronti degli appartenenti alle minoranze linguistiche".

88 Si rimanda in questo senso alle acute osservazioni formulate da R. Pasella, *La répression des discriminations en droit pénal italien*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1986, p. 55.

89 In tal senso G. De Francesco, D.L. 26/4/1993 n. 122, in *Legislazione penale*, 1993, p. 181.



riamente alla miopia di chi sostiene l'opposto<sup>90</sup>. Per quanto il decreto legge Mancino nasca per reazioni a fenomeni di violenza sociale, viene comunque applicato non sulla base di un pericolo materiale che provochi per l'appunto disordini sociali ma "rispetto al pericolo che qualsiasi persona, con la propria identità culturale, non abbia la possibilità di convivere con una maggioranza della popolazione che non condivide lo stesso bagaglio di tradizioni"<sup>91</sup>. Ed in tal senso interviene la Cassazione affermando che: "la ratio delle due leggi si identifica e le comuni proibizioni si dirigono entrambe ad impedire che le ideologie concernenti il tema della sopraffazione o enunciazioni filosofico-politico sociali (quali il primato della razza, la purezza delle razze) conducano a discriminazioni aberranti, con il pericolo che ne derivi odio, violenza e persecuzione"<sup>92</sup>. In altra occasione la Corte affermerà che: "deve essere ribadito che il diritto alla libera manifestazione del pensiero, tutelato dall'art. 21 Cost., non può essere esteso fino alla giustificazione di atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in una esternazione delle proprie convinzioni, ledano tuttavia altri principi di rilevanza costituzionale e i valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno ed internazionale"<sup>93</sup>. Posizione questa assolutamente affine con la decisione quadro del Consiglio Europeo (2008/913/GAI) e con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>94</sup> che ha giustificato lo strumento penale per tutelare la lesione all'onore di minoranze etniche, facendo prevalere quest'ultimo bene — espressione della dignità della persona — rispetto alla libertà d'espressione, nel bilanciamento tra i due valori. Non si tratta di stracciarsi le vesti innanzi al simulacro del diritto alla libera manifestazione del pensiero. Si tratta piuttosto di volgere lo sguardo con attenzione a fenomeni massivi di violenza che nascono proprio in quanto annaffiati da discorsi d'odio. Chi invoca la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale ricordando come questa sostenesse che "il concetto di limite [alla libera manifestazione del pensiero] è insito nel concetto stesso di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile" non deve dimenticare proprio l'incipit di tale affermazione: "il limite è insito nel diritto". A tal proposito occorre pertanto interrogarsi<sup>95</sup> se l'incitamento alla privazione dei più basilari diritti civili in capo all'individuo o più in generale la circolazione di tutte le idee, anche le più scioccanti, odiose e scomode torni utile ai destinatari del discorso per formarsi un'opinione il più scevra possibile da condizionamenti<sup>96</sup>. O forse dobbiamo convenire con il filosofo quando sostiene che "non ci è nemmeno richiesto di tollerare la minaccia di intolleranza; e tanto meno dobbiamo tollerarla se la

90 Così L. Picotti, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del Tribunale di Verona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2005, p. 80.

91 Sempre P. Tanzarella, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 60.

92 Cfr. Corte di Cassazione, sentenza del 30 settembre 1993, in *Cassazione penale*, 1995 p. 686.

93 Si faccia riferimento a Cassazione penale, sentenza del 28 febbraio 2001 n. 341, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2002, p. 172.

94 Nella sentenza *Feret c. Belgio* si legge per l'appunto "In linea di principio si può considerare necessario, nelle società democratiche, sanzionare o anche prevenire tutte le forme d'espressione che fanno propaganda, incitano, promuovono o giustificano l'odio fondato sull'intolleranza" in [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/euroscopio/strasburgo/0008\\_strasburgo.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/euroscopio/strasburgo/0008_strasburgo.pdf).

95 In tal senso di grande interesse è l'operazione giuridica compiuta dalla Corte Suprema messicana quando evidenzia come i discorsi d'odio siano quelli che incitano alla violenza fisica o verbale o ancora psicologica e che si indirizzano contro i cittadini in generale o contro determinati gruppi individuati per ragioni storiche, sociologiche, etniche o religiose. I discorsi di odio si caratterizzano quindi nel creare un clima generale di ostilità che si esplica in azioni violente intese nella più ampia accezione, essi trascendono la mera espressione di una idea ed al contrario risultano un'azione espressamente finalizzata al generare un consapevole ostracismo del prossimo basato su di una condizione personale. Proibire i discorsi d'odio diviene così il compimento di quella garanzia, per la società, di integrazione dei suoi componenti cosicché non siano sottoposti ad abusi, diffamazione, umiliazioni, discriminazione, violenza in ragione di razza, etnia, religione, genere o preferenza sessuale. Una teorizzazione quella della Suprema Corte messicana che fa esplicito riferimento alla sentenza *Simon Bikindi* consultabile in <http://www.unictr.org/tabid/128/Default.aspx?id=11&mnid=3>. Simon Bikindi, cantante di etnia Hutu, fu indagato dal Tribunale internazionale per i crimini commessi in Rwanda per istigazione al genocidio o complicità in genocidio. Fu accusato di comporre, cantare, registrare e distribuire canzoni volte ad esaltare l'etnia Hutu ed accusando i Tutsi di aver schiavizzato gli Hutu. In tale processo si affermò che, per quanto la libertà di espressione vada protetta per garantire il dibattito sociale, essendo questo il fondamento della democrazia, tuttavia non possono trovare protezione quei discorsi il cui deliberato scopo consiste nel violentare la dignità delle persone attraverso l'incitazione all'odio ed alla discriminazione. Si rimanda a L. Morassutto, *Lezioni americane: dalla libertà d'opinione alla rilevanza penale dell'omofobia*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015.

96 In tal senso P. Tanzarella, *La propaganda d'odio razziale nel discorso pubblico. Alcune riflessioni*, in *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Tomo I, P. Bonetti, A. Simoni, T. Vitale (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011, p. 696.

minaccia diventa seria”<sup>97</sup>? Quello che si vuole osteggiare non è il civile dissenso di cui invece si nutre la democrazia, quanto l’aggressione barbara e incivile ai diritti delle persone. Giova a poco considerare la tolleranza nel suo aspetto negativo come non interferenza nella vita di altre persone, essa invece include dei doveri in positivo. “La legge cioè deve difendere gli interessi delle minoranze che vivono tra di noi e [...] nessuna società può affermare di essere veramente tollerante se non è in grado di passare dall’aspetto negativo della tolleranza a quei doveri in positivo che sono associati a essa. Non è bastevole in altre parole che la legge assicuri a tutti il godimento degli stessi diritti civili e politici. La legge deve difendere tutti, in particolare i membri delle minoranze, dalla possibilità di essere soppressi (cosa ben più seria dell’essere oppressi) e di essere svantaggiati”<sup>98</sup>. È fondamentale che in una società civile e pluralista, come pretendiamo di definirci, le minoranze abbiano non soltanto il diritto di sopravvivere ma anche il diritto di svilupparsi.

## 4.2 L’Emendamento Gitti-Verini

Si deve attendere il 22 luglio 2013 per vedere licenziato dalla Commissione giustizia della Camera un testo normativo esteso anche all’omofobia ed alla transfobia<sup>99</sup>. Il voto della Camera però modifica ancora una volta lo scenario legislativo. Un intervento, quello parlamentare, non scevro da critiche. Discutibili equilibri politici<sup>100</sup> hanno reso tale norma la porta di ingresso principale di quelle condotte che si intendevano perseguire. Che si tratti di miopia giuridica piuttosto che di infelice compromesso politico o di sciagurato connubio di entrambi gli elementi, non è dato sapere. Quel che è certo è che oggi, per assurdo, le minoranze, un tempo tutelate dalla Legge Reale e dal decreto legge Mancino, appaiono quasi nude di fronte alla frusta della discriminazione. Alla proposta di legge si è infatti aggiunto l’emendamento Verini ed il subemendamento Gitti i quali recitano: “Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all’odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all’interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all’attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni”. Credo sia pertanto necessario soffermarsi, seppur brevemente, rinviando a quanto già altrove scritto<sup>101</sup>, su quello che per tecnica redazionale si candida ad essere uno dei peggiori prodotti normativi degli ultimi vent’anni in ambito penale, violando i più elementari principi a cui un testo legislativo deve ispirarsi, più attento a placare il malcontento di talune nicchie del mondo cattolico, che temeva oniriche ripercussioni sulla condotta dei propri ministri di culto, che a risultare un buon testo di legge.

Possiamo isolare tre tipologie di condotta e correlate criticità. La prima condotta viene disegnata in negativo: “non costituiscono discriminazione né istigazione alla discriminazione” ed ha ad oggetto “la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee”. Occorre pertanto richiamare la lettera a) dell’art. 3 della legge Reale la quale prende in considerazione: “chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o fondati sull’omofobia o transfobia”. L’emendamento sembrerebbe quindi non andare ad incidere nella parte relativa al propagandare idee fondate sulla superiorità o l’odio razziale o etnico. Come detto la condotta, disegnata in negativo, riguarda la discriminazione o l’istigazione alla discriminazione. Esso pertanto agisce unicamente sulla fattispecie “discriminazione”, ossia sulla seconda parte della lettera a) di cui all’art. 3 della Legge Reale. Qui oltre alle parole a risultare poco chiara è anche la logica con cui è stato redatto l’emendamento. Non si capisce infatti se siamo di fronte ad una leggerezza compilativa, in forza della quale si sono ritenute equiparabili la propaganda di idee (fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico) e la discriminazione (per motivi razziali) o vi è stata una consapevole intenzione di escludere unicamen-

97 K. R. Popper, *Tolleranza e responsabilità intellettuale*, in *Saggi sulla tolleranza*, S. Mendus, D. Edwards (a cura di), Milano, Il Saggiatore, 1987, p.30.

98 L. G. Scarman, *La tolleranza e la legge*, in *Saggi sulla tolleranza*, cit., p.70.

99 In relazione alle critiche al testo prima di essere licenziato dalla Commissione giustizia della Camera si rimanda a L. Morassutto, *La legge contro l’omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l’occasione perduta?* in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013.

100 Per una prima critica al testo licenziato dalla Camera ci si permette di rimandare a L. Morassutto, *Omofobia e transfobia...il trucco c’è e si vede*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

101 Si veda anche M. Gattuso, *Che cosa dice veramente la legge sull’omofobia ovvero il bambino e l’acqua sporca*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

te la prima parte della lettera (quella per l'appunto riguardante la propaganda) per non incappare in un profilo di illegittimità costituzionale derivante dalla violazione dell'art. 117 Cost.

Volendo anche dar credito ad una attenzione nella redazione della norma non possiamo dimenticare come l'art. 4 della Convenzione firmata a New York, che ha poi portato all'adozione della l. n. 654/1975, reciti che gli Stati contraenti "si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio". A questa prima osservazione deve associarsi pertanto il fondato dubbio circa la legittimità costituzionale di questa parte della norma in relazione a quanto sub lett. a) della Legge Reale-Mancino rispetto all'art. 117 comma 1° Cost. Macroscopico invece è il profilo di incostituzionalità ricavabile dal concetto di "pluralismo delle idee". Se quest'ultimo rappresenta una sorta di causa di giustificazione introdotta dal legislatore appare evidente come non rispetti in alcun modo, neppure lontanamente, il principio di legalità della norma penale.

Seconda condotta individuata dall'emendamento è l'istigazione all'odio o alla violenza. Si tratta in buona sostanza del contenuto della lettera b) della legge Reale-Mancino che quindi sopravvive, unica condotta di fatto ad oggi punibile.

Di altrettanto infelice formulazione è l'espressione: "condotte conformi al diritto vigente". La scelta della parola "diritto" fa sì che vengano in essa ricompresi quegli atti che legislativi non sono. Pensiamo in questo senso ad una ordinanza di un sindaco che colpisca in maniera discriminatoria determinati gruppi, etnie, razze, parte della popolazione che parla in una propria lingua. Ai sensi della legge Reale-Mancino tale ordinanza porterebbe a delle condotte penalmente perseguibili ma l'emendamento Verini renderebbe il fatto penalmente irrilevante. Si tratterebbe infatti di una condotta riconducibile al pluralismo delle idee, e difficilmente potrebbe ritenersi integrata l'istigazione all'odio<sup>102</sup>.

Terza criticità viene dal testo del subemendamento: "ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni". Si potrebbe sostenere che "ovvero anche se" sia un errore di *drafting* della norma. Eppure si può giungere anche ad una diversa ricostruzione. Questo sia attraverso l'attribuzione di una paternità al provvedimento<sup>103</sup> quanto ponendo attenzione al significato delle parole. La riferibilità del subemendamento ad un peculiare schieramento politico tradisce lo spirito di fondo che lo ispira. La parola d'ordine è frustrare ogni possibile lecita richiesta della comunità lgbt in nome di una crociata che si opponga ad una proposta di legge sull'omofobia volta a "favorire uno stile di vita giudicato positivo e da diffondere [...] una norma manifesto per promuovere lo stile di vita gay"<sup>104</sup>. "Faccio mie parole ben più alte di chi si è detto sbigottito del fatto che si parli di "stile di vita gay", i cui connotati sono decisamente inafferrabili quanto assurdi per non dire che è "ancor più sconcertante, poi, attribuire alle proposte di legge antiomofobia l'intento di promuovere e diffondere quell'ipotetico stile di vita"<sup>105</sup>. Il subemendamento viene introdotto da una congiunzione disgiuntiva. Il senso di una congiunzione disgiuntiva è introdurre un'alternativa tra due parole, due concetti o due frasi, a volte escludendo uno dei due. Viene quindi disegnata una alternativa dialettica il cui primo elemento è "la condotta conforme al diritto vigente". Pertanto, se primo elemento di questa equazione è una condotta conforme al diritto, il secondo elemento sarà, in forza della congiunzione "ovvero" diametralmente opposto al primo, ossia una condotta non conforme al diritto vigente ma che diverrà, in forza del subemendamento, scriminata.

Alla parola "ovvero" segue "anche se". Queste due parole introducono la dimensione spaziale dentro la quale si muove il contenuto del subemendamento. Parafrasando il dettato normativo infatti abbiamo che sono permesse quelle condotte conformi al diritto vigente ed anche quelle che non sono

102 L'esempio potrebbe apparire di eccessiva creatività giuridica, eppure la realtà offre spunti persino più originali: ordinanza del sindaco di Chiari che obbligava i cittadini di origine straniera che volevano sposarsi a presentare il permesso di soggiorno, in [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=2140&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=2140&l=it); amministrazione comunale di Brescia unitamente alla azienda trasporti locale circa l'aver installato un distributore di guanti in lattice monouso sugli autobus che percorrevano le linee altamente frequentate da cittadini di origine straniera, in [http://www.stranieriinitalia.it/attualita-ufu\\_a\\_brescia\\_guanti\\_sull\\_autobus\\_degli\\_immigrati\\_11268.html](http://www.stranieriinitalia.it/attualita-ufu_a_brescia_guanti_sull_autobus_degli_immigrati_11268.html); Comune di Brescia e "bonus bebè" negato ai residenti di origine straniera in [http://www.stranieriinitalia.it/attualita-bonus\\_bebe\\_razzista\\_il\\_sindaco\\_di\\_brescia\\_perde\\_di\\_nuovo\\_16449.html](http://www.stranieriinitalia.it/attualita-bonus_bebe_razzista_il_sindaco_di_brescia_perde_di_nuovo_16449.html); Comune di Trezzano che vieta l'uso di lingue diverse da quella italiana nelle riunioni pubbliche in [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=792&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=792&l=it); ordinanza del sindaco di Ospitaletto che limitava il diritto all'iscrizione anagrafica dei cittadini stranieri, in [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=720](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=720).

103 Il provvedimento è stato presentato dall'on. Gregorio Gitti – Scelta civica.

104 G. Casadio, *Volevano promuovere uno stile di vita. Così si viola l'eguaglianza*, in *La Repubblica*, 27 luglio 2011, p. 7. L'intervista è stata concessa a *La Repubblica* dall'on. Rocco Buttiglione.

105 E. Dolcini, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 11, 2011, p. 1396.

conformi al diritto vigente “anche se assunte all’interno di organizzazioni [...]”. Individuando condotte che si tengono all’interno di organizzazioni la norma fa implicito riferimento così anche a condotte che si tengono all’esterno. Si crea quindi un paradosso giuridico in quanto la norma diventa la porta di accesso per quelle discriminazioni che, forse, voleva vietare.

Merita accurata riflessione una interpretazione<sup>106</sup> assolutamente interessante, effettuata da uno dei giuristi oggi più attenti a questa tematica. L’Autore poggia la sua interpretazione con riferimento all’incipit dell’emendamento e precisamente alla frase: “ai sensi della presente legge”. Esistono ragioni per ritenere che la tesi prospettata, per quanto elegante e di pregio, non sia comunque condivisibile. Ad ogni buon conto, a detta di chi scrive, il quadro che si offre richiede un diverso approccio. Ad introdurci ad una lettura diversa dell’applicazione dell’art. 3 bis (emendamento Gitti- Verini) rispetto all’applicazione o meno della circostanza aggravante di cui al decreto legge Mancino vi sono anzitutto ragioni sistematiche e di coerenza del dettato normativo. Prendiamo così le mosse da passaggi, se vogliamo, lontani ma comunque utili a disegnare se non addirittura mettere a fuoco la scenografia legislativa. Circa il decreto legge Mancino leggiamo, nella Relazione della Commissione<sup>107</sup> (richiesta autorizzazione a riferire oralmente il 26 maggio 1993), che l’articolato dibattito “ha evidenziato una convergenza di opinioni circa l’opportunità di ricondurre l’intervento innovativo nell’alveo della normativa contenuta nella legge 13 ottobre 1975 n. 654”. Sin dall’art. 1, dirà il relatore Remo Gaspari, vi è il chiaro principio di “adesione alla enunciata esigenza di operare una collocazione sistematica delle modifiche legislative nell’ambito delle disposizioni penali già in vigore”. Tali disposizioni sono per l’appunto quelle della legge Reale. Si intravede così chiaramente la *ratio legis* per la quale il decreto legge Mancino andava ricondotto nell’alveo della normativa precedente. Passaggio ancor più chiaramente evidenziato nell’incipit della norma ove si legge: “ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di apportare integrazioni e modifiche alla normativa vigente in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa, allo scopo di apprestare più efficaci strumenti di prevenzione e repressione dei fenomeni di intolleranza e di violenza di matrice xenofoba o antisemita”. Per quanto il preambolo al decreto legislativo non faccia parte del *corpus* normativo e non sia pertanto precettivo va comunque tenuto in considerazione per l’orientamento interpretativo che offre. A corredo di ciò inoltre vi è l’indirizzo chiaro ed inequivocabile dato in sede di conversione del decreto legge e più sopra riferito. La *ratio legis* quindi ci impedisce di poter pensare alla legge Reale e al decreto legge Mancino come a due entità disgiunte o intersecantesi a tratti. Questo in particolar modo per la terza ragione, di ordine sostanziale. Ce ne offre un esempio l’art. 7 del decreto Legge in sede di conversione<sup>108</sup>. Sia le condotte previste dal decreto legge Mancino che dalla legge Reale sono riconducibili a medesimi motivi e sottoposte allo stesso tipo di provvedimento cautelare. Ovviamente non può aversi che stessi motivi possano essere sottoposti a differenti trattamenti normativi a meno di non incappare in una evidente violazione dell’art. 3 Cost.<sup>109</sup> Sia nella legge Reale quanto nel decreto legge Mancino si parla di “discriminazione”. Sostenere che l’emendamento Gitti-Verini fa riferimento per il disposto del “ai sensi della presente legge” unicamente al testo della Legge Reale, significa introdurre necessariamente due distinti concetti di discriminazione. Uno che risulta scriminato e un altro che — sottoposto alle more della circostanza aggravante — non lo è. Il pregio della lettura fornita dall’Autore è quello di offrire una via di salvezza al testo normativo che come correttamente sottolinea l’arguta interpretazione, è una preziosa occasione e non può essere semplicemente scartata. Tutt’altro. La norma, una volta espunto il *monstrum* giuridico, va integrata con quel corredo genetico necessario per renderla funzionale. Si potrebbe in tal senso parlare di azioni positive *ad adiuvandum*. La riflessione in tal senso è quella per una risposta efficace ed orientata. Si pensi in questo senso alla necessità di politiche formative in ambito scolastico, alla reale integrazione sociale che passa anzitutto attraverso gli strumenti civili a disposizioni di tutti ma non della popolazione omosessuale quali il matrimonio, l’adozione, la filiazione in genere. L’omofobia si combatte anche con una sanzione penale perché è necessario che lo Stato si dissocia da una visione passiva del problema, abbandonando una politica di silenzi o privazioni che pare quasi corroborare la posizione degli omofobi stessi. A questo dissociarsi è necessario affiancare per l’appunto quel corredo di elementi ulteriori che porterebbero ad una reale paritaria configurazione della società uscendo da una visione confessionale della stessa.

106 Cfr. in tal senso la lettura fornita da M. Gattuso, *ivi*.

107 Cfr. [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg11/lavori/stampati/pdf/55218.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg11/lavori/stampati/pdf/55218.pdf).

108 Questo prevede che quando si procede per uno dei reati aggravati, previsti dall’articolo 3, o per uno dei reati previsti dall’art. 3 della Legge Reale, ove risultino fondati motivi per ritenere che le attività di associazioni, movimenti o gruppi favoriscono la commissione di quei reati, l’autorità giudiziaria possa disporre cautelativamente la sospensione dell’attività associativa.

109 Volessimo ipotizzare un ardito parallelo sarebbe come dire che il concetto di possesso è diverso a seconda che si tratti di furto, rapina o di appropriazione indebita.



---

## *Focus*

*Quando scricchiola un paradigma.  
La Cassazione decide il caso Bernaroli*

*Introduzione***Barbara Pezzini\*****Oltre il “caso Bernaroli”: tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio****Sommario**

1. Il caso Bernaroli come questione costituzionale – 2. La parziale illegittimità costituzionale del divorzio imposto dopo la rettificazione e le reazioni alla sentenza costituzionale 170/2014 – 3. Il seguito della sentenza 170 nel giudizio *a quo* (Corte di cassazione 8097/2015) – 4. La soluzione della Corte di cassazione è convincente? – 5. Che ne è del paradigma eterosessuale del matrimonio dopo la sentenza 8097? – 6. La discussione della sentenza 8097/2015.

**Abstract**

La Corte di cassazione, dando seguito nel caso Bernaroli alla sentenza della Corte costituzionale dell'11 giugno 2014, n. 170, ha annullato la trascrizione del divorzio e dichiarato che alle parti sono conservati i diritti e doveri derivanti dal vincolo matrimoniale sino a che il legislatore non avrà approvato una forma adeguata di convivenza registrata in cui possano transitare. La soluzione data dalla sentenza della Corte di cassazione del 21 aprile 2015 n. 8097 appare convincente perché garantisce l'effettività del dispositivo di accoglimento dell'incostituzionalità e perché sottolinea che il transito dal regime matrimoniale al diverso regime giuridico di convivenza registrata deve essere garantito senza soluzione di continuità. La sentenza, come già una precedente decisione della Cassazione in materia di trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero, ha un ruolo significativo rispetto al carattere eterosessuale del matrimonio, che viene trasformato da paradigma a principio suscettibile di eccezione, sia pure solo limitata e provvisoria.

*The Court of cassation, following the constitutional judgment issued on 11<sup>th</sup> June 2014 n. 170 in the so-called “Bernaroli Case”, annulled the registration of divorce and stated that the parties’ rights and obligations arising from the marriage bond shall be preserved until the lawmaker will approve a proper form of registered partnership in which it can be converted. The ruling of the judgment issued on 21<sup>st</sup> April 2015, n. 8097 seems convincing, because it both guarantees the effectiveness of decision of the Constitutional court and emphasises that the transformation of the matrimonial regime into the different legal status of a registered partnership must occur seamless. The judgment, as an earlier decision of the Court of cassation dealing with the registration of a same-sex marriage celebrated abroad, plays an important role with regard to the heterosexual nature of marriage, which appears transformed from an immutable paradigm to a principle liable to exceptions, even if in a limited and provisional way.*

\* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.

## 1. Il caso Bernaroli come questione costituzionale

La nostra rivista ha individuato, sin dalla sua nascita, il caso Bernaroli — vale a dire, la questione del divorzio imposto *ex lege* al transessuale dopo la rettificazione del sesso — come snodo significativo del processo di ridefinizione del paradigma eterosessuale del matrimonio, proponendo la riflessione su “Mutamento di sesso e divorzio imposto: il diritto all’identità di genere e al matrimonio” come tema monografico del suo primo numero<sup>1</sup>.

L’ampia discussione svolta in quella sede prendeva le mosse dall’ordinanza di rimessione della Corte di cassazione del 6 giugno 2013 n. 14329 con la quale la Corte aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma che impone lo scioglimento del matrimonio precedente alla rettificazione di sesso (art. 4 L. n. 164/1982), esplorandone i molteplici profili di diritto costituzionale, europeo e comparato<sup>2</sup>.

Ai dubbi di costituzionalità proposti dalla Cassazione — che aveva evidenziato con estrema chiarezza la presenza nella legge sul transessualismo di un bilanciamento del tutto inadeguato tra le ragioni del rispetto del modello esclusivamente eterosessuale del matrimonio e i numerosi diritti del/la transessuale e del/la coniuge che vengono sacrificati — la Corte costituzionale risponde con la sentenza n. 170 del 2014.

La scelta fondamentale della giurisprudenza costituzionale è quella di restare saldamente nel solco del regime del “doppio binario” creato dalla sentenza n. 138/2010, che ha distinto nettamente il fondamento costituzionale della tutela delle relazioni di coppia etero- ed omosessuali, richiamando, rispettivamente, gli articoli 29 e 2 Cost.: e, dunque, non ritiene ammissibile la conservazione del matrimonio dopo la rettificazione di sesso di uno dei coniugi e riconduce la rilevanza costituzionale della relazione affettiva della coppia Bernaroli, una volta che la stessa sia divenuta una coppia *same-sex* in seguito alla rettificazione di sesso ottenuta dal marito, al “diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone — nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge — il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri” (quel diritto che era stato innovativamente riscontrato dalla sentenza n. 138/2010 nell’art. 2 Cost. — o forse meglio sarebbe dire che era stato “creato” ricavandolo dall’art. 2).

Due tratti di specificità segnano, però, il caso del matrimonio della transessuale Bernaroli davanti alla Corte costituzionale rispetto alla questione precedentemente affrontata della richiesta di accedere alle pubblicazioni prodromiche al matrimonio da parte di coppie dello stesso sesso.

Innanzitutto, alla Corte costituzionale non può sfuggire il fatto che, nei quattro anni passati dalla sentenza n. 138, è rimasto lettera morta il monito che tale pronuncia aveva implicitamente rivolto al legislatore perché garantisse alle unioni stabili omosessuali il diritto fondamentale ex art. 2 Cost., operando un riconoscimento che “necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia” (anche se non è necessariamente realizzabile “soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”). La consapevolezza di quanto l’inerzia del legislatore fosse problematica era emersa già pochi mesi prima della ordinanza di rimessione della Cassazione, datata 6 giugno 2013, quando, nella *Relazione* solennemente presentata il 12 aprile 2013 alla presenza delle massime autorità politiche, il Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo — indicando esplicitamente fra gli esempi “di ‘invito’ [della Corte costituzionale al legislatore] rimasto sinora inascoltato ... quello contenuto nella sentenza n. 138 del 2010” — aveva rimarcato che “le esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione — resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte — che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia ... È accaduto spesso che il Parlamento non abbia dato séguito a questi inviti. Il che ha costretto talvolta la Corte a dichiarare, quando è stato possibile, l’illegittimità costituzionale delle norme non emendate”.

In secondo luogo, non sfugge alla Corte costituzionale la peculiarità di una relazione di coppia validamente formatasi come matrimonio eterosessuale, con la relativa acquisizione di uno *status* coniugale, e la *degradazione* che, dopo la rettificazione di sesso, l’applicazione della legge n. 164/1982 impone alla coppia divenuta dello stesso sesso, la quale, subito il divorzio automatico, potrebbe solo aspirare ad

1 M. Balboni, M. Gattuso, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 2014, n. 1, p. 6.

2 Affrontati, rispettivamente, per gli aspetti di diritto costituzionale e privato nazionale: da B. Pezzini, G. Palmeri, P. Veronesi, A. Lorenzetti, F. Saitto, M. Di Bari; per gli aspetti di diritto europeo: da E. Bergamini, C. Ragni, F.R. Ammaturo; per gli aspetti di diritto comparato: da G. Viggiani; A. Elvira, D. Borrillo, D. Amram, in questa *Rivista*, 2014, n. 1, pp. 21 ss.

una defatigante tutela *caso per caso* del proprio diritto ad un trattamento uguale a quello di una coppia coniugata<sup>3</sup>.

## 2. La parziale illegittimità costituzionale del divorzio imposto dopo la rettificazione e le reazioni alla sentenza costituzionale 170/2014

In questo contesto, la sentenza n. 170/2014 adotta un dispositivo di accoglimento di tipo additivo che dichiara costituzionalmente illegittimo il divorzio automatico previsto dalla legge n. 164/1982 — non in sé, ma — in quanto non consente il transito in una unione registrata (“dichiara l’illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”).

Il problema è che, così facendo, il dispositivo della sentenza n. 170, da un lato, ha creato un collegamento — saldo e necessario — tra la cessazione del matrimonio e la possibilità di proseguire la relazione godendo di una forma di riconoscimento e protezione della relazione affettiva, ma, dall’altro, ha associato tale possibilità ad un istituto che solo il legislatore sarebbe tecnicamente in grado di configurare in modo compiuto: un istituto rispetto al quale al legislatore appartiene strutturalmente un margine di discrezionalità politica, che, però, *non era esistente al momento della pronuncia costituzionale e che continua a mancare al momento della decisione nel giudizio a quo* (per non considerare che ancora non ha visto la luce a distanza di un anno dalla pronuncia costituzionale).

La sentenza è, indubbiamente, *di tipo additivo*, in quanto dichiara l’incostituzionalità della mancata previsione normativa nella parte in cui non è previsto un contenuto normativo costituzionalmente obbligatorio, ed è additiva “*di principio*”, in quanto il contenuto costituzionalmente doveroso non viene introdotto sotto forma di una regola che integri direttamente la norma dichiarata incostituzionale, ma è espresso nella forma di un principio di carattere generale, che indirizza il legislatore (vincolandolo nell’*an*) pur riconoscendone gli spazi di discrezionalità (relativi alla definizione compiuta del *quantum*, che ammette un certo ventaglio di soluzioni attuative conformi al principio fra le quali il legislatore è chiamato ad esercitare la propria opzione e la propria responsabilità politica). Nello stesso tempo, sarebbe difficile negare la corrispondenza del dispositivo ad un *accoglimento* di tipo *parziale*: viene, infatti, dichiarata l’incostituzionalità della norma sul divorzio automaticamente conseguente alla sentenza di rettificazione non “in tutti i possibili significati da questa derivabili”, ma solo in “una tra le possibili norme ricavabili da quella disposizione”<sup>4</sup>: quella che prevede lo scioglimento automatico senza consentire alla coppia di mantenere in vita una relazione adeguatamente tutelata da un istituto specifico (una forma di convivenza *registrata*).

Di fronte a tale dispositivo parte dei commentatori aveva ritenuto che, per la peculiarità della additiva di principio ivi configurata, l’incostituzionalità, pur dichiarata, non potesse essere rimossa<sup>5</sup> e che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, pur pronunciata, dovessero ritenersi interamente rimessi alla discrezionalità legislatore (il che equivale, nella sostanza, a considerare la 170/2014 una sentenza priva effetti giuridicamente vincolanti, che non siano di mero stimolo o di mera esortazione al legislatore).

Si è affermato, infatti, che il principio espresso avesse una portata tanto generale da non offrire una regola applicabile dal giudice al caso<sup>6</sup>; che il dispositivo di accoglimento additivo dovesse essere

3 Come prevede la sentenza della Corte costituzionale, 14 aprile 2010, n. 138 al punto 8 del Considerato in diritto: “Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.”

4 Così definisce l’incostituzionalità parziale E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, IV edizione, Torino, Giappichelli, 2013, p. 135.

5 Così titola espressamente A. Rapposelli, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?* in *Rivista telematica AIC*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2014, secondo il quale la Corte costituzionale, richiamando espressamente l’attività del legislatore, avrebbe escluso la possibilità di un’attività surrogatoria del giudice.

6 A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online, Studi*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; ma



assimilato ad una sentenza di rigetto con monito, solo con una maggiore carica di persuasività<sup>7</sup>; che la sentenza dovesse essere intesa come una doppia pronuncia, con un contenuto *di rigetto* relativamente alla questione di costituzionalità del divorzio imposto e *di accoglimento* in riferimento alla mancanza, nell'ordinamento, della regolamentazione delle unioni registrate tra persone dello stesso sesso e che la seconda questione, configurandosi come una omissione "pura", non sarebbe suscettibile di applicazione giudiziale<sup>8</sup>.

Una parte dei commentatori così orientati ha anche ritenuto che, in assenza dell'intervento legislativo, alla coppia alla quale fosse stato imposto il divorzio a seguito della rettificazione non sarebbe rimasta aperta che la possibilità di una tutela caso per caso<sup>9</sup>, sostanzialmente analoga a quella che già la sentenza 138/2010 aveva introdotto per tutte le unioni stabili *same-sex*, a cui avrebbe potuto semmai aggiungersi la possibilità del ricorso alla Corte di Strasburgo<sup>10</sup>.

Altra parte di commentatori aveva, invece, inteso che il dispositivo di incostituzionalità adottato non potesse più consentire la conferma del divorzio imposto come automatica conseguenza della sentenza di rettificazione e — valorizzando la struttura del dispositivo di accoglimento ai sensi degli artt. 136 Cost. e 30 l. n. 87/1953, che rendono inapplicabile la norma dichiarata incostituzionale dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza di accoglimento — aveva affermato la necessità di rinviare gli effetti del divorzio conseguente alla rettificazione fino al momento in cui una disciplina delle unioni registrate, adeguata a garantire la relazione delle/dei già coniugi, non risultasse effettivamente disponibile.

Io stessa avevo sostenuto<sup>11</sup> che il matrimonio dovesse essere considerato ancora e sia pur provvisoriamente esistente — a fornire la protezione della relazione affettiva in quella forma che la stessa Corte costituzionale aveva esplicitamente riconosciuto "di massima protezione giuridica", a fronte del passaggio alla "assoluta indeterminatezza" della condizione delle coppie omosessuali di fatto<sup>12</sup> — per quanto sottoposto alla *condizione sospensiva* della sua necessaria trasformazione in una unione registrata nel momento in cui il legislatore avesse reso disponibile tale diversa disciplina per la relazione della coppia divenuta *same-sex*<sup>13</sup>.

### 3. Il seguito della sentenza 170 nel giudizio *a quo* (Corte di cassazione, sentenza n. 8097/2015)

Quando riprende davanti alla Corte di cassazione il giudizio per l'esame della domanda di cancellazione dell'annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio dai registri dello stato civile (in riforma del decreto della Corte d'appello di Bologna del 18 maggio 2011<sup>14</sup>), le due diverse opzioni interpretative della sentenza costituzionale emergono esplicitamente anche nel giudizio *a quo*.

anche F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014.

- 7 In particolare A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia cit.*, in una lettura sostanziale della struttura della decisione che privilegia la motivazione sul dispositivo.
- 8 R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consulta online, Studi*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014.
- 9 C. Salazar, *Amore non è amor se muta quando scopre il mutamento*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 2014; P. Veronesi, *Un'anomala additiva cit.*; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio cit.*
- 10 F. Biondi, *La sentenza additiva di principio cit.*; P. Veronesi, *Un'anomala additiva cit.*
- 11 B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.
- 12 Così espressamente nel punto 5.6 del Considerato in diritto.
- 13 Hanno manifestato apertamente consenso a tale prospettiva, definita "audace" da P. Veronesi, *La sentenza additiva di principio cit.*; G. Brunelli, *Quando la Corte smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014, rilevando che il dispositivo è fatto per incidere sul quadro normativo; P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014, che osserva che la motivazione può integrare, ma non annullare il dispositivo di accoglimento; M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio imposto: luci e ombre*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.
- 14 In questa *Rivista*, 2014, n. 1, p. 170.

Da un lato, le parti ricorrenti evidenziano la necessità di evitare qualsiasi soluzione di continuità tra il vincolo matrimoniale e l'unione registrata nella quale tale vincolo dovrà convertirsi dopo l'intervento del legislatore. Dall'altro, mentre l'Avvocatura generale dello Stato si rimette alle determinazioni della Corte, il Procuratore generale chiede, invece, il rigetto del ricorso, affermando che la Corte costituzionale non avrebbe in realtà dichiarato l'illegittimità del divorzio imposto ex art. 4 l. n. 164/1982, ma solo della mancanza di una norma tutt'affatto diversa di protezione dell'unione *same-sex* ex art. 2 Cost.: di conseguenza, secondo la Procura, in attesa dell'intervento del legislatore la tutela della unione delle ricorrenti potrebbe essere attuata solo mediante le forme di un adeguamento *caso per caso*, rimesso alla Corte costituzionale o ai giudici ordinari, che prevedesse l'estensione, in base al principio di uguaglianza, della disciplina esistente per le coppie coniugate a singoli profili della relazione affettiva divenuta *same-sex*, nei diritti e doveri reciproci e verso terzi; il Procuratore generale ha, tuttavia, adombrato (o forse suggerito ?) che si potesse far valere nei confronti del legislatore inadempiente al dovere di tutela costituzionale "*una sorta di responsabilità statutale*" analoga a quella relativa ad una mancata o tardiva attuazione delle direttive europee.

Con decisione pronunciata in camera di consiglio del 26 gennaio 2015 e depositata in cancelleria il 21 aprile 2015, n. 8097/2015, la Corte di cassazione ha accolto il ricorso presentato dalle coniugi conservando "alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi" (sottoponendo espressamente la conservazione dello *status* matrimoniale alla *condizione temporale risolutiva* costituita dalla nuova regolamentazione legislativa).

La decisione si fonda su un esame congiunto del dispositivo e della motivazione della sentenza costituzionale. Del primo, sottolinea la natura di accoglimento, rammentando che la qualificazione nei termini di un'additiva di principio non elide la specificità degli effetti previsti dall'art. 136, co. 2 Cost. Della seconda, rimarca, innanzitutto, l'esigenza, espressamente evidenziata dal paragrafo 5.6 del Considerato in diritto, di pervenire ad un bilanciamento corretto tra l'interesse dello stato alla non modificazione dei caratteri fondamentali del matrimonio e gli interessi della coppia che, in ragione del pregresso vissuto, reclama di essere tutelata (e che, pur avendo perso — secondo la Corte costituzionale — il diritto di invocare la tutela riconducibile all'art. 29 Cost., pretende la effettiva tutela dovuta sulla base dell'art. 2 Cost.); in secondo luogo, dalla motivazione ricava anche la espressa sottolineatura della doverosità di un'attività di svolgimento del principio, che sia capace di superare la condizione di illegittimità della disciplina derivante dall'attuale "deficit di tutela" dei soggetti coinvolti: una doverosità di svolgimento del principio che riguarda tanto l'intervento "del legislatore, cui la Corte ha tracciato la via da percorrere", quanto quello del giudice *a quo*, che "è tenuto ad individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento"<sup>15</sup>.

La Cassazione ritiene di poter procedere ad un esame "del tutto coerente" della motivazione e del dispositivo di accoglimento<sup>16</sup>, ricavandone che l'illegittimità dichiarata dalla Corte costituzionale non ha ad oggetto un principio estraneo agli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982 (quindi non si riferisce a quell'omissione "assoluta" di cui hanno parlato la dottrina, prima, e il Procuratore generale, poi) "ma una delle conseguenze del c.d. divorzio automatico che la Corte [costituzionale] mira ad eliminare", e precisamente quella che consiste nel passaggio da una condizione di massima protezione giuridica ad una condizione di massima indeterminatezza. La Costituzione pretende, infatti, che della massima protezione garantita dallo *status* coniugale si possa essere privati solo a condizione di poter transitare in una condizione adeguatamente, per quanto diversamente, tutelata da una specifica disciplina *ex lege*. La tutela caso per caso *in sede giudiziale* — che ad oggi, ed in assenza dell'intervento legislativo, costituirebbe l'unica forma di protezione giuridica offerta alla relazione di una coppia di persone dello stesso sesso — non appare, evidentemente, adeguata, proprio in ragione della indeterminatezza che la caratterizza; la Cassazione richiama e sottolinea la specificità della fattispecie della relazione della coppia che proviene da una relazione matrimoniale, "caratterizzata dal massimo grado di protezione giuridica

15 Così a p. 15 della sentenza Corte di cassazione, 21 aprile 2015 n. 8097, dove anche si legge che "il principio è costituzionalmente inderogabile ed impone un adeguamento necessario": del resto l'affermazione già è presente nella giurisprudenza costituzionale, v. ad es. nella sentenza Corte costituzionale, 19 dicembre 2012, n. 301, ove la Corte al punto 4 del Considerato in diritto considera che "secondo la dinamica propria di tale tipo di decisioni" verrebbe demandato "al legislatore il compito di definire modi e limiti della esplicazione" del principio enunciato nella decisione, mentre "nelle more dell'intervento legislativo" sarebbe lasciata "ai giudici comuni la possibilità di garantire interinalmente il diritto stesso tramite gli strumenti ermeneutici."

16 Si veda a p. 11 della sentenza Corte di cassazione, 21 aprile 2015 n. 8097.

dei suoi componenti”<sup>17</sup>, rispetto alla relazione di mero fatto, ancorché costituzionalmente protetta, delle coppie originariamente *same-sex*.

Nel dispositivo della sentenza 170/2014 la Cassazione coglie e valorizza la necessità di evitare qualsiasi soluzione di continuità tra la condizione preesistente (matrimonio) e quella successiva alla rettificazione di sesso (unione registrata): è questo peculiare profilo degli effetti del divorzio imposto ad essere stato dichiarato illegittimo, in quanto produttivo di un deficit di tutela incompatibile con la protezione costituzionale della unione ed “espunto dall’ordinamento” mediante la pronuncia di accoglimento.

Altrettanto esplicitamente la Cassazione indica un ulteriore elemento, in base al quale deve ritenersi che la sentenza 170/2014 sia *auto-applicativa* e non meramente dichiarativa<sup>18</sup>. È la stessa struttura della sentenza additiva adottata dal giudice delle leggi ad escludere che l’illegittimità riguardi solo la mancanza di riconoscimento di uno statuto costituzionalmente adeguato alle unioni *same-sex* in cui i/le ex coniugi possano transitare: se la Corte costituzionale avesse ritenuto di doversi limitare a questo profilo, sarebbe stato sufficiente ribadire al legislatore il monito a provvedere, ricorrendo ad un dispositivo di rigetto o di inammissibilità, analogamente a quanto disposto con la precedente sentenza n.138/2010. A produrre effetti costituzionalmente incompatibili è, invece, il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale entro “il sistema di vuoto normativo attuale” (lo scioglimento automatico in quanto connesso a tale vuoto, in quanto combinato a tale assenza).

Riconosciuto che la sentenza n.170/2014 afferma il principio della necessità immediata e senza soluzione di continuità di uno statuto sostanzialmente equiparabile a quello matrimoniale perso dalle ricorrenti, nell’attesa dell’intervento del legislatore spetta al giudice *a quo* individuare la regola per il caso concreto che inveri detto principio imperativo (che deve essere applicato con l’efficacia stabilita dall’art. 136 Cost.): e ciò può avvenire solo rimuovendo gli effetti del divorzio automatico “fino a che” il legislatore non intervenga.

Prevenendo, in un certo senso, le obiezioni che a tale soluzione potrebbero essere mosse in nome del rispetto dell’ambito di discrezionalità riservato al legislatore<sup>19</sup>, la Corte di cassazione sottolinea la differenza che comunque intercorre tra una sopravvivenza del matrimonio temporalmente definita e specificamente finalizzata alla protezione *interinale* della coppia coniugata — dal momento del passaggio in giudicato della rettificazione, che costituirebbe il presupposto per lo scioglimento del matrimonio pregresso, e sino alla concreta possibilità di transito in una unione registrata — e l’estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive.

#### 4. La soluzione della Corte di cassazione appare convincente?

Personalmente ritengo che il seguito della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale abbia trovato, nella sentenza n. 8097/2015 della Corte di cassazione, una configurazione fondamentalmente convincente sotto svariati profili.

Il primo dei quali consiste nella valorizzazione della struttura del dispositivo e nel rispetto dell’art. 136 Cost., secondo un’esigenza fortemente sentita in dottrina<sup>20</sup>.

Per quante perplessità possano emergere di fronte alle addizioni di principi che implicano o richiedono espressamente un intervento legislativo discrezionale per essere attuati, è bene che il punto relativo agli effetti tipici delle pronunce resti saldo, tanto più in presenza di una assai variegata e sperimentata tipologia di pronunce che consentono alla Corte costituzionale di dosare attentamente e *pour cause* le conseguenze delle proprie decisioni<sup>21</sup>. In altre parole: quando la Corte ritenesse necessa-

17 Ivi, p. 17.

18 Ivi, p. 14.

19 Si tratta, infatti, di argomento già presente nella discussione sopra ricordata sulla sentenza 170.

20 Per evitare quello che E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale* cit. p. 143, indicano come “doppio effetto paralizzante”; il giudice *a quo*, del resto, non può sottrarsi al dovere di fornire una soluzione adeguata al caso concreto che gli viene sottoposto, non potendo denegare giustizia a causa del mancato intervento legislativo.

21 Si noti che anche nelle reazioni al diverso tema di una manipolazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento, è emersa con forza la necessità di valorizzare la precettività dell’art. 136 Cost. contro il tentativo di disporne liberamente da parte della Corte costituzionale: per la discussione suscitata dalla sentenza costituzionale n. 10/2015 (che ha limitato gli effetti ordinariamente retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità della cd. *Robin Tax* “a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione” della sentenza stessa sulla Gazzetta ufficiale, in nome di un bilanciamento ritenuto indispensabile a garantire il contemperamento con il rispetto dell’equilibrio di bilancio nonché con i principi di uguaglianza e di solidarietà) si veda in

rio un effetto più blando, avrebbe a sua disposizione una variegata gamma di decisioni monitorie con dispositivi di inammissibilità e rigetto; quando, invece, una *incostituzionalità* non solo è rilevata come possibile nell'ambito di una motivazione, ma viene *formalmente dichiarata da un dispositivo*, deve essere necessariamente considerata diversamente da un'incostituzionalità *accertata* — in motivazione — *ma non dichiarata* — in dispositivo.

Inoltre, offrendo una lettura coerente della motivazione e del dispositivo, la pronuncia della Corte di cassazione respinge nettamente le tesi della doppia pronuncia implicita e dimostra la necessità di una saldatura temporale senza interruzioni tra regime matrimoniale pregresso e regime di unione registrata che l'ordinamento deve rendere disponibile a quelle coppie che, nonostante la rettificazione di sesso di uno dei *partner*, intendano conservare la loro relazione.

La Corte di cassazione si misura anche con la difficoltà rappresentata dal passaggio della motivazione della sentenza n. 170/2014 (nel punto 5.6 del Considerato in diritto) in cui si afferma che il rispetto del paradigma eterosessuale del matrimonio incorporato nell'art. 29 Cost. non consentirebbe la sopravvivenza del matrimonio delle coniugi nel caso di specie: lo *status* matrimoniale acquisito prima della rettificazione, infatti, pur conservandosi, assume un carattere interinale e precario, diventando in realtà qualcosa di radicalmente diverso da prima, proprio nel suo orizzonte funzionalmente e temporalmente limitato all'attesa dell'entrata in vigore del nuovo regime creato dal legislatore.

È vero che, in questo modo, la Corte di cassazione fa ricorso ad un istituto che non ha precedenti nel nostro ordinamento, creando un "matrimonio a tempo e sotto condizione": ma non si tratta di una invenzione arbitraria, quanto piuttosto della *rima obbligata* imposta nel caso di specie dal rispetto del principio enunciato dalla Corte costituzionale (necessità di saldare *senza soluzione di continuità* la perdita dello *status* matrimoniale all'acquisto di uno *status* legislativamente garantito) nella particolare contingenza determinata dalla inerzia del legislatore di fronte ad una doverosità costituzionale.

E la specificità del caso deriva dalla specificità della condizione di una relazione coniugale dopo la rettificazione di sesso di uno dei coniugi; una specificità che la Corte costituzionale impone di considerare.

Il caso avrebbe certamente potuto essere indirizzato dalla Corte costituzionale su altri binari, se si fosse ritenuto che il principio di uguaglianza, declinato innanzitutto come doverosa ragionevolezza sistematica dell'ordinamento, imponesse di trattare *tutte* le cause di divorzio elencate all'art. 3 della legge sul divorzio in base al principio della necessità dell'iniziativa di parte per lo scioglimento, senza consentire questa unica ipotesi di divorzio imposto; una soluzione che avrebbe, nel medesimo tempo, garantito anche il profilo soggettivo dell'uguaglianza, inteso come pretesa dei coniugi a non essere discriminati ingiustificatamente rispetto a tutte le altre ipotesi in cui si consente loro di scegliere se divorziare o meno (pur in presenza di condizioni che l'ordinamento considera analogamente idonee a recidere in modo immediato il legame coniugale e che contemplano azioni ed eventi altrettanto, se non più, squilibranti della comunione di vita tra i coniugi di quanto non sia la rettificazione di sesso di uno di essi — e qui basti menzionare il tentato uxoricidio di cui alla lettera c) dell'art. 3, l. n. 898/1970).

Ma di questo si è già detto altrove<sup>22</sup>.

E, comunque, nella sentenza n.170/2014 la Corte costituzionale ha privilegiato la *specificità* della condizione del transessuale, dalla quale il principio fondamentale del carattere personalissimo dell'iniziativa del divorzio viene letteralmente scardinato (recludendo la *persona* del transessuale nella sola dimensione della propria transessualità, che condiziona ogni altro aspetto della sua vita e di quella del coniuge). Ma allora, tale specificità si presta ad essere considerata a tutto campo, in ogni contesto in cui si trova calata: e come non è di ostacolo a consentire, a fronte del principio della domanda, un'unica ipotesi di divorzio *imposto*, perché (ci dice la Corte costituzionale) ciò garantisce l'interesse dello Stato a conservare il modello tradizionale di relazione coniugale esclusivamente eterosessuale del matrimonio e purché (aggiunge sempre la giurisprudenza costituzionale) sia consentito alla coppia che manifesti la propria volontà in tal senso di transitare in una unione registrata, non si vede perché dovrebbe ostare al mantenimento in via interinale di un matrimonio sottoposto a condizione sospensiva fino a che l'unione registrata non sia effettivamente disponibile, dal momento che ciò consente di evitare la degradazione della relazione affettiva a relazione di mero fatto (anche questa un'esigenza evidenziata espressamente dalla giurisprudenza costituzionale) ed effettivamente garantita nel caso *a quo* dalla Corte di cassazione.

particolare il *Forum di quaderni costituzionali Rassegna*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015 (note di R. Romboli, M. D'amico, A. Pugiotto, A. Ruggeri, P. Veronesi, L. Antonini, C. Bergonzini, R. Bin, F. Cocozza, C. Mainardis, D. Messineo, A. Morelli, S. Panizza, A. Pin-E. Longo, R. Pinardi, S. Scagliarini, A. Anzon Demmig, I. Ciolli, F. Cocozza).

22 B. Pezzini, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di cassazione)*, in questa *Rivista*, 2014, 1, p. 30.



Resta da chiedersi se la Corte di cassazione in questa pronuncia prenda anche posizione sulla questione del livello della incorporazione del paradigma eterosessuale nel matrimonio a livello costituzionale ovvero meramente legislativo; questione che, come noto, ha diviso i commentatori della sentenza n. 138/2010<sup>23</sup> e della stessa sentenza n. 170/2014<sup>24</sup>.

Sul punto si ritrova solo un indizio di una continuità non smentita della giurisprudenza di legittimità, in particolare con le precedenti pronunce n. 4184/2012 e n. 14329/2013, laddove la Corte di cassazione, riassumendo i contenuti della sentenza 170, osserva che il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della fattispecie non sarebbe, secondo la Corte costituzionale, l'art. 29 Cost. "perché la nozione costituzionale del matrimonio è quella definita dal codice civile del 1942 che limita il modello matrimoniale alle coppie eterosessuali"<sup>25</sup>; agganciando esplicitamente la nozione costituzionale di matrimonio a quella definita dal codice civile la Cassazione sembra continuare a muoversi secondo un'interpretazione declinata in chiave originalistico-sistematica, che ancora il matrimonio alla configurazione tradizionale eterosessuale propria del codice civile, che l'art. 29 Cost. avrebbe incorporato senza veicolare un significato universale e senza costituire ostacolo alla capacità del legislatore di mutare espressamente tale definizione, ma semplicemente limitandosi a ricondurre la nozione di matrimonio ad una origine identificabile nella opzione definitoria compiuta dal legislatore<sup>26</sup>.

D'altro canto, alla soluzione data dalla Corte di cassazione al caso Bernaroli non si potrebbe imputare di essere sbilanciata a configurare una soluzione creativa, in realtà impossibile perché solo il legislatore sarebbe stato in grado di proporre un adeguato svolgimento del principio formulato nella parte additiva del dispositivo della sentenza n. 170/2014; quelle che vengono criticate come forzature "creative" della Cassazione (che tali in realtà, come sopra evidenziato, non sono) sono le mere conseguenze dei punti deboli della giurisprudenza costituzionale a partire dalla soluzione del "doppio binario" configurato dalla sentenza n. 138/2010 quando la giurisprudenza costituzionale ha respinto la visione *forte* dell'uguaglianza in questa materia<sup>27</sup>: muovendo da lì, la Corte costituzionale, nel 2014, non solo ha mantenuto salda la distinzione tra il regime giuridico del matrimonio, riservato alle coppie eterosessuali e quello dedicato alle unioni tra persone dello stesso sesso (che il legislatore *dovrebbe* garantire, sia pure in un quadro di ampia discrezionalità), ma ha aggiunto a questa prima dicotomia un *tertium genus* di regime giuridico per le relazioni nate come matrimoni (tra persone di sesso differente) che i coniugi vogliano mantenere in vita anche dopo che la rettificazione abbia trasformato la coppia rendendola *same-sex*.

Sono stati così individuati dalla giurisprudenza costituzionale tre modelli di relazione di coppia affettiva e sessuale, che rimandano a tre differenti livelli di protezione costituzionalmente necessaria e garantita<sup>28</sup>.

Modelli che non devono essere necessariamente intesi come tre differenti indirizzi vincolanti di disciplina legislativa imposti al legislatore, il quale mantiene, in virtù di quella discrezionalità che la giurisprudenza costituzionale gli riconosce, ampia possibilità di pensare *unitariamente* alla tutela delle relazioni affettive proponendo un unico regime delle relazioni di coppia etero e *same-sex*. Anzi, per

23 Su cui si vedano, tra le altre, le ricostruzioni di R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?* Napoli, Jovene, 2011, p. 3, e di A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

24 Mentre personalmente ho già osservato, nella nota *A prima lettura* citata sopra in nota 11, che la sentenza 170 non aggiunge nulla alle argomentazioni della precedente e ne riproduce quei passaggi testuali più valorizzati dalla dottrina favorevole alla tesi di un'incorporazione solo legislativa, P. Veronesi, *Un'anomala additiva* cit. afferma che la sentenza 170 sembra inclinare in senso più preciso verso l'incorporazione a livello costituzionale, così come F. Biondi, *La sentenza additiva di principio* cit., per la quale la 170 afferma chiaramente che, a Costituzione invariata, non sarebbe possibile introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso; invece G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce* cit., considera che la 170 si limiti a riproporre l'interpretazione originalista e tradizionalista "che tuttavia non postula affatto la necessità di una sua revisione per introdurre il matrimonio same-sex".

25 V. alla p. 5 della sentenza Corte di cassazione, 21 aprile 2015 n. 8097.

26 La questione è stata affrontata in B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali?*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, in particolare al par. 2.2.2.

27 G. Brunelli, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di uguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2.

28 Ai tanti motivi di dubbio e perplessità suscitati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di coppie *same-sex*, quindi, si aggiunge la perplessità di fronte alla frammentazione dei modelli familiari: G. Brunelli, *Quando la Corte smarrisce* cit.; ma anche P. Bianchi, *Divorzio imposto* cit.

quanto sopra e altrove notato, a taluno, e a me in particolare<sup>29</sup>, la configurazione unitaria parrebbe persino doverosa, in una più piena valutazione del parametro dell'uguaglianza costituzionale<sup>30</sup>. Ma anche lasciando in disparte ogni considerazione critica dell'approccio dualistico proposto dalla sentenza n. 138/2010 (e di quello addirittura triplice della sentenza n. 170/2014), non si può non considerare che la giurisprudenza costituzionale, pronunciando nel contesto di oggetto e parametro definiti dalle questioni di costituzionalità sollevate, afferma quanto la Costituzione garantisce necessariamente e direttamente (quanto costituzionalmente dovuto) e che da ciò non è ricavabile *tout-court* l'esistenza di limiti alla possibilità del legislatore di trattare secondo un unico parametro situazioni che ritenesse assimilabili (se non qualora la scelta di equiparare situazioni dovesse risultare obiettivamente irragionevole: il solo limite indubbiamente esistente in questa materia riguarda l'ipotesi di un'assimilazione verso il basso, che negasse a tutti — etero e *same-sex* — l'accesso al matrimonio).

## 5. Che ne è del paradigma eterosessuale del matrimonio dopo la sentenza 8097?

Piuttosto, la prospettiva critica ci spinge a leggere l'insieme di queste pronunce ed il "dialogo" che si è instaurato tra Corte costituzionale e Corte di cassazione in materia di matrimonio *same-sex* alla luce del nesso tra eterosessualità e matrimonio (e, più in generale, relazioni affettivo-sessuali), per cercare di comprendere a che punto si trovi il percorso di decostruzione del *paradigma eterosessuale del matrimonio*<sup>31</sup> avviato con la richiesta delle pubblicazioni di matrimonio da parte di coppie di persone dello stesso sesso<sup>32</sup>.

La sentenza della Cassazione ha riconosciuto come legittimamente vigente un matrimonio che, per essere stato contratto quando i due coniugi risultavano di sesso anagraficamente diverso, sopravvive al mutamento di sesso di uno di loro, almeno sino a quando il legislatore non avrà reso disponibile un diverso istituto regolamentato di unione civile per coppie *same-sex* in cui la relazione di coppia verrà automaticamente ri-configurata (subendo, solo in quel momento, l'effetto dello scioglimento *ex lege* del precedente matrimonio).

Il convergere di una pluralità di elementi di specificità (due coniugi che erano di sesso differente al momento del matrimonio; la loro concorde volontà di mantenere la relazione coniugale dopo la rettificazione di sesso del marito; ma anche la protratta assenza di una disciplina legale di regolamentazione delle unioni di fatto) ha condotto l'ordinamento a riconoscere una *relazione coniugale* tra persone dello stesso sesso, registrandone, per la prima volta in Italia, la possibilità giuridica.

Il paradigma eterosessuale del matrimonio indubbiamente vacilla, ed ancora una volta a mostrarcelo chiaramente è la Corte di cassazione, che già ne aveva *incrinato* la saldezza quando, nella sentenza n. 4184 del 2012 sulla possibilità di trascrizione dei matrimoni *same-sex* contratto all'estero, pur con-

29 B. Pezzini, *Coppie same-sex e matrimonio: quale uguaglianza dopo la sent. 138/2010*, in *Notizie di Politeia*, n. 100, 2010, p. 75.

30 G. Brunelli, *Dimensione antidiscriminatoria* cit. in nota 26.

31 Il riferimento alla dimensione esclusivamente eterosessuale del matrimonio in termini di "paradigma" è apparso utile commentando la sentenza Corte di giustizia Ce, D. c. Consiglio, causa T-264/97: v. B. Pezzini, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p.1519, nonché, successivamente, Id., *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, Jovene, 2008 p. 91). L'espressione si è consolidata nel dibattito giuridico, in particolare costituzionalistico, dopo l'intitolazione del seminario ferrarese *Amicus curiae* del 2010: sul punto, con richiamo degli studi di T. Kuhn, v. M. Gattuso, *Il dialogo tra le Corti*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010 p. 159.

32 Pur non mancando precedenti risalenti (Tribunale di Roma, sentenza del 28 giugno 1980, in *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, sez. II, 169, su cui v. P. Tincani, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, Jovene, 2008, p. 174 ss.), la questione è emersa con una nuova consapevolezza nel nuovo millennio, in collegamento con quel complessivo processo di mutamento del clima sociale e politico intorno alla condizione omosessuale descritto dall'analisi di M. Nussbaum, *Disgusto e umanità, L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011, e, per l'Italia, anche da G. Strazio, M. Winkler, *L'abominevole diritto*, Milano, Il Saggiatore, 2011.

fermando l'intrascrivibilità aveva convertito l'argomento della inesistenza in quello della mera inidoneità<sup>33</sup>.

Per quanto la sopravvivenza del matrimonio nel caso *de quo* si configuri solo come temporanea ed assai specifica eccezione ad una regola (che riserva il matrimonio alle sole relazioni di coppia eterosessuali) che la giurisprudenza costituzionale tiene saldamente ferma, è necessario riconoscere che un principio può ammettere eccezioni, non un paradigma, che *degrada* per ciò solo a "semplice" principio.

Il carattere paradigmatico dell'eterosessualità del matrimonio implica, infatti, qualcosa di più di un presupposto implicito dell'istituto; mentre la presupposizione rinvia semplicemente alla non necessità di una vera dimostrazione della connessione tra eterosessualità e matrimonio — che viene consegnata alla tradizione, all'origine dell'istituto, alla natura —, la paradigmaticità implica qualcosa di più, delimita un orizzonte di senso inamovibile, che porta con sé la radicalizzazione delle posizioni e le connesse difficoltà di dialogo. Nel paradigma si cristallizza una visione globale e globalmente condivisa del mondo, e nel suo operare si rispecchia l'intera costellazione di senso in cui opera e su cui indaga la comunità degli studiosi di una determinata disciplina: ad esso si ancorano la logica e la prassi della ricerca, ed ogni messa in discussione del paradigma comporta la ridefinizione del campo di indagine, della metodologia e dei concetti fondamentali impiegati nella ricerca. Nello stesso tempo, la scarsa consapevolezza della costruzione *giuridica* del paradigma recepisce l'eteronormatività come un *postulato* esistente a monte delle norme stesse e indipendentemente da esse; mentre, in realtà, sono le *norme* (sociali, ma per quanto come giuristi ci interessa, in particolare le norme) *giuridiche che creano* il paradigma eterosessuale: fondato sul rigido dimorfismo sessuale che distingue nettamente uomo e donna, su una loro necessaria e "naturale" complementarietà sessuale, sulla coincidenza fra sesso e genere, sulla *naturalità* dell'orientamento eterosessuale (che serve a stigmatizzare l'orientamento omosessuale come innaturale, o comunque inferiore, perché carente della possibilità di riproduzione all'interno della coppia).

Nel momento in cui si rende necessario esplicitare le argomentazioni e le giustificazioni che sorreggono una "regola" in precedenza indiscussa ed "auto-evidente", l'*incrinatura* del paradigma eterosessuale del matrimonio si riflette necessariamente sulle categorie ed i concetti utilizzati dall'interpretazione giuridica, che subiscono la sfida di un indispensabile aggiornamento.

Naturalmente, non possiamo attenderci che l'elaborazione critica dell'apparato concettuale necessario si manifesti in modo lineare, né che sfugga ad incertezze o ambiguità, perché si alimenta di un dialogo faticoso, che sembra talvolta persino impossibile, fra chi si trova sui due fronti opposti del mutamento paradigmatico: chi si colloca *oltre* il paradigma riconosce, senza intendere tale operazione come una forzatura, nuovi significati e nuove parole per esprimerli, compiendo una riorganizzazione cognitiva degli strumenti disciplinari che gli sono propri e dei formanti giuridici; mentre a chi rimane immerso nell'atmosfera culturale del paradigma precedente le idee innovative possono talvolta apparire inaccettabili forzature, persino effetti paradossali.

## 6. La discussione della sentenza 8097/2015

In questo quadro, non può sorprendere che nelle reazioni alla sentenza n. 8097/2015 della Cassazione continuiamo a trovare traccia delle medesime divisioni già registrate nella discussione della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, nel solco della quale, come abbiamo visto, il seguito del caso Bernaroli si colloca.

Quanto stiamo osservando, ciò su cui stiamo interrogandoci, è ancora solo una tappa all'interno di un percorso, e solo il futuro sarà in grado, eventualmente, di indicare se potrà segnare un punto di rottura decisivo nella vicenda del paradigma eterosessuale del matrimonio.

Ciò che appare sempre più chiaramente, mentre ci muoviamo lungo questo percorso, è la necessità di interrogare a fondo gli svariati profili interessati da ogni nuova tappa, di raccogliere gli stimoli di riflessione critica, di svilupparli entro un confronto aperto.

33 Sulla sentenza 4182/2012, si veda R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, RomaTrE-Press, 2013; B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). In realtà, si potrebbe riconoscere come già la sentenza 138/2010 avesse mostrato la fragilità del paradigma, nel momento stesso in cui per giustificare l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio è diventato necessario proporre una spiegazione del carattere eterosessuale dell'istituto e lo si è fatto rinviando ad un elemento contingente, potenzialmente superabile, quale è la conformazione storicamente assunta dal matrimonio nel codice civile — e qui non mette in conto di notare che tale spiegazione non sia affatto risultata convincente.

Precisamente con questo intento, *GenIUS* ha inteso sollecitare l'avvio di un confronto a tutto campo sulle questioni affrontate dalla sentenza n. 8097/2015 della Corte di cassazione, invitando espressamente alcuni autorevoli studiosi — la cui competenza in merito alle problematiche della tecniche decisorie ed in particolare delle sentenze additive di principio è indiscussa — ad affrontare il tema del seguito della sentenza costituzionale n. 170 del 2014.

Non ci si vorrebbe accontentare di una discussione a distanza, in cui ciascuno parla per sé, restando sulle due sponde contrapposte di un fiume. Sembra più utile che le voci si mescolino per alimentare lo scambio e che un esplicito e diretto intersecarsi di itinerari di riflessione e di sensibilità differenti possa stimolare con maggiore efficacia quegli approfondimenti che sono indispensabili ad una coerente messa a punto di tutti gli strumenti concettuali e pratici per affrontare il cambio di paradigma.



*Invito al dibattito***Paolo Veronesi\*****Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015**

1. Come va valutata l'affermazione della Corte di cassazione per cui, a seguito della sentenza costituzionale n. 170/2014, "la regola relativa all'eliminazione degli effetti giuridici di protezione dei componenti dell'unione conseguente alla caducazione automatica del vincolo" avrebbe, nel caso di specie, "cessato di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale (art. 136, comma 2, Cost.)"? Che portata dare a un simile principio?
2. In virtù di queste asserzioni, convince la decisione della S.C. — ora confermata anche dal decreto del Tribunale di Milano, sex. IX civ., 21 aprile 2015 — di mantenere conseguentemente in vita — sia pur sottoponendolo a "una condizione temporale risolutiva" — il matrimonio (divenuto *same-sex*) tra le coniugi coinvolte nel caso (e decise a rimanere tali)? Ciò in quanto il "dispositivo della sentenza della Corte costituzionale non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso"?
3. Potevano esistere altre strade per dar seguito alla sentenza "additiva di principio" pronunciata dalla Corte costituzionale, pur sempre impedendo che le unioni simili a quella al centro della fattispecie "possano essere private del nucleo dei diritti fondamentali e doveri solidali propri delle relazioni affettive sulle quali si fondano le principali scelte di vita e si forma la personalità sul piano soggettivo e relazionale"? Oppure quella adottata dalla Cassazione è davvero l'unica scelta possibile, stante ciò che la Consulta ha precisato nella sua sentenza di accoglimento additivo? In altri termini, la ribadita (dalla Consulta, ma anche dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di Milano) "necessità" di disporre "di uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul piano dei diritti e dei doveri di assistenza economico-patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate che si vengano a trovare nella peculiare condizione dei ricorrenti", ha dunque come sbocco naturale la scelta operata dalla Cassazione? La continuazione del matrimonio (sia pur *sub condicione*) è davvero "la regola del caso concreto che inver[a] il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento"?
4. È quindi corretto affermare — con la Cassazione — che la Corte costituzionale "ha ritenuto che il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale nel sistema di vuoto normativo attuale fosse produttivo di effetti costituzionalmente incompatibili con la protezione che l'unione conseguente alla rettificazione di sesso di uno dei componenti deve, per obbligo costituzionale, conservare ex art. 2 Cost."? Come andrebbe quindi ribattuto a chi sostiene che la Corte costituzionale si sarebbe in realtà concentrata solo sugli effetti della mancata vigenza di un istituto che, nel caso, consenta di mantenere le tutele e le garanzie dell'unione, ma mai in forma matrimoniale?

---

\* Associato di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

5. Alla luce di quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con il “principio” elaborato nella sentenza n. 170/2014, e anche in virtù dell’interpretazione fatta propria dalla Cassazione e dal Tribunale di Milano, quali margini di manovra residuano per l’atteso (da troppo tempo) intervento del legislatore in materia di unioni *same sex*? Fermo restando (ovviamente) che la Cassazione — sulla scia anche della sentenza costituzionale n. 138/2010 (*rectius*: della sua interpretazione maggioritaria) — ha precisato a chiare lettere che la sua “opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non determina l’estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile di non creare quella condizione di massima indeterminatezza stigmatizzata dalla Corte costituzionale in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela”?
6. Dal punto di vista del comportamento delle parti, appare significativo che l’Avvocatura dello Stato, intervenuta davanti alla Cassazione, si sia limitata a rimettersi alle determinazioni della Corte. Come va valutato questo atteggiamento processuale? Potrebbe suggerire una serie di future conseguenze sul più ampio piano politico?
7. Su un piano più generale, emergono elementi di novità rispetto al tema generale dell’efficacia delle sentenze additive di principio nel rapporto tra la pronuncia della Corte costituzionale ed il seguito che ne dà la Cassazione?
8. Emergono dalla vicenda, tenendo conto della precedente ordinanza di rimessione o di altre pronunce, punti di frizione tra le interpretazioni che la Corte di cassazione e la Corte costituzionale offrono/propongono, in particolare dell’art. 29 Cost.?
9. Come può valutarsi la pronuncia della Cassazione nel quadro del delicato rapporto tra giudice e legislatore, tra politica e giurisdizione, tra attuazione legislativa della Costituzione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali?

*Discussione**Gian Paolo Dolso\**

## Un matrimonio a tempo per il “transessuale tardivo”: considerazioni sul “seguito” della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale

### Sommario

1. Il punto di partenza: la sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale – 2. La lettura della sentenza 170 proposta dalla Corte di cassazione – 3. La soluzione adottata dalla Cassazione – 4. Considerazioni (interlocutorie) sulla vicenda, anche alla luce di ulteriori recenti tendenze della giustizia costituzionale

### Abstract

L'articolo ha ad oggetto la sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097 con cui la Corte di cassazione ha dato esecuzione alla sentenza della Corte costituzionale dell'11 giugno 2014, n. 170. In quest'ultima pronuncia la Corte costituzionale ha stabilito che, in caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi, la condizione degli stessi deve essere regolata con una forma di convivenza registrata, che spetta al Legislatore predisporre. Non è ammessa, secondo la Corte costituzionale, la prosecuzione del matrimonio dopo il mutamento di sesso di uno dei coniugi. La Corte di cassazione ha stabilito che il matrimonio in cui uno dei coniugi abbia cambiato sesso può proseguire fino alla approvazione una legge che disciplini la materia. Nel contributo viene analizzata tale sentenza evidenziandone luci ed ombre anche nella cornice delle più recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale.

*The article is in regards to judgment issued on 21st April 2015, n. 8097, in which the Court of Cassation gives effect to the constitutional ruling issued on 11th June 2014, n. 170. In the latter, the Constitutional Court states that, in the event of a change of sex of one of the spouses, the matrimonial status must be converted in the form of a registered cohabitation, to be made possible by the lawmaker. It is not allowed, according to the Constitutional Court, the continuation of the marriage bond after the change of sex of one of the spouses. The Court of Cassation points out that a marriage in which one of the spouses has undergone a sex change can continue until the approval of a law governing the matter. The article aims at analyzing this ruling, emphasizing lights and shadows within the frame of the latest trends in the constitutional jurisprudence.*

\* Associato di Diritto costituzionale, Università di Trieste.

## 1. Il punto di partenza: la sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale

Ragionando sul “seguito” di una decisione della Corte costituzionale, è evidente che da tale pronuncia si debba muovere al fine di operare una valutazione sul modo con cui ad essa si sia data esecuzione. Attesa l’eco che la sentenza ha avuto, non desta meraviglia il fatto che essa sia stata oggetto di numerosi e articolati commenti, sui quali non è possibile in questa sede soffermarsi analiticamente se non in quanto funzionali al discorso che si sta facendo. La sentenza n. 170/2014 porta con sé indubbi profili di incertezza, non del tutto inediti nel panorama della giurisprudenza costituzionale, anche se nel caso particolarmente accentuati.

Partiamo dal dispositivo: esso è fraseggiato sulla falsariga del modello delle sentenze additive. Le norme oggetto di censura risultano infatti incostituzionali “nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio [...] consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”. Se questo è il dispositivo, la Corte in motivazione individua la ragione dell’incostituzionalità: essa consiste nel fatto che il sistema legislativo, nel bilanciare l’interesse dello Stato alla salvaguardia del “modello eterosessuale del matrimonio”, e l’interesse della coppia a non subire “il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto”, finisce per offrire una “tutela esclusiva” al primo di essi<sup>1</sup>. Così facendo la normativa censurata rimane chiusa ad ogni bilanciamento con gli interessi della coppia, “non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come “forma di comunità” “connotata dalla stabile convivenza tra due persone”, “idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione” (Corte costituzionale sentenza del 15 aprile 2010 n. 138)”<sup>2</sup>. Sempre in motivazione la Corte ritiene di dover precisare i motivi che ostano ad una pronuncia manipolativa, “che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda”: “ciò — si spiega — equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.”<sup>3</sup>.

Se nel dispositivo si censura la mancata previsione della sopravvivenza, a seguito del mutamento di sesso di uno dei due coniugi, di “un rapporto di coppia”, secondo indicazioni dalla stessa Corte dispensate (e indirizzate al legislatore), nella motivazione si esclude che tale rapporto possa coincidere con il matrimonio, dovendo il legislatore “introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio)” che consenta il passaggio — che la Corte mira a superare — da uno stato di “massima protezione giuridica” ad “una condizione [...] di assoluta indeterminatezza”<sup>4</sup>. Dato che, ad oggi, nel nostro ordinamento, non esistono forme di tutela della coppia ulteriori e diverse rispetto all’istituto del matrimonio, è chiaro che, prima dell’intervento del legislatore, le coppie cui la sentenza della Corte si riferisce possono aspirare ad una tutela solo rimanendo nell’alveo dell’istituto “matrimonio”, così come regolato dalla normativa vigente. Di qui il dilemma, che la dottrina ha ben evidenziato: o si dà esecuzione al dispositivo della Corte, senza attendere l’intervento legislativo, attraverso la conservazione, in casi come quello oggetto del giudizio, del vincolo matrimoniale; oppure si rispetta il divieto, chiaramente espresso in motivazione, del perdurare del vincolo matrimoniale al cospetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi<sup>5</sup>. Parte della dottrina si è espressa nel primo senso, con l’avvertenza, però, che la protrazione del vincolo è destinata a venire meno con l’introduzione di una disciplina legislativa della materia: si tratta della soluzione fatta propria poi dalla Cassazione<sup>6</sup>. Altra dottrina, pur individuando con chiarezza le

1 Corte costituzionale, sentenza dell’11 giugno 2014, n. 170.

2 Ancora sentenza Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170.

3 Corte costituzionale, sentenza dell’11 giugno 2014, n. 170.

4 Corte costituzionale, sentenza dell’11 giugno 2014, n. 170.

5 Che sia questa l’alternativa sul tappeto, è constatato da F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014, p. 2.

6 In dottrina si è appunto ipotizzato che il seguito della pronuncia consista nel mantenimento in vita del matrimonio a suo tempo contratto, sottoposto però alla condizione risolutiva dell’introduzione di una nuova normativa: in tal senso, individuando una soluzione che è risultata poi quella prescelta dalla Corte di cassazione, B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014, p. 5; anche G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014, p. 4.



due alternative, e rimarcando la singolarità della pronuncia, indica le criticità di entrambe le soluzioni evidenziando come il caso sembri enfatizzare “l’anima creativa e quindi “politica” della Corte”, che sta “prendendo la supremazia su quella giurisdizionale”<sup>7</sup>.

Altri hanno in definitiva dato per scontato che una sentenza del genere non si discosti, nella sostanza, da una sentenza monitoria, essendo palese, secondo tale prospettiva, l’impossibilità di trasformare in regolazione concreta il principio somministrato nel caso dalla Corte, constatando che nel caso quello che muta è l’intensità del vincolo che si manifesta, senza dubbio più stringente rispetto al caso in cui il monito acceda a pronunce di rigetto<sup>8</sup>.

È vero che non è mancato chi ha individuato una “terza via”, che rendesse conciliabili le due anime della sentenza. Da una parte, dunque, l’automatico scioglimento del matrimonio; dall’altra però, e nello stesso tempo, “ove le parti lo richiedessero, si dovrebbe comunque ammettere la prosecuzione non giuridicamente indifferente della relativa convivenza” tra le persone già unite in matrimonio attraverso provvedimenti da richiedere “caso per caso” ed eventualmente da sottoporre, di volta in volta, all’attenzione del giudice<sup>9</sup>.

A parte l’ingegnosa ricostruzione a cui si è appena fatto cenno, sembra che, nella prospettiva del “seguito” della pronuncia della Corte, si delinei netta la difficoltà di esecuzione al dispositivo, rispettando al contempo quanto dalla Corte esposto in motivazione. È principio noto, e condiviso anche tra gli studiosi del processo costituzionale, quello secondo cui la motivazione e il dispositivo della sentenza vanno letti congiuntamente<sup>10</sup>. È tuttavia chiaro che è quest’ultimo che contiene il *decisum* vero e proprio. Nel nostro caso la dichiarazione di incostituzionalità investe gli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 nella parte in cui non prevedono che, pur a seguito della pronuncia di una sentenza che rettifichi l’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, sia comunque consentito, dietro richiesta degli stessi, di mantenere in vita un rapporto di coppia. Le precisazioni sulla tipologia di tale rapporto, più che essere condizioni di validità di esso, costituiscono indicazioni somministrate al legislatore e in fin dei conti al legislatore indirizzate. Se così è, il dispositivo sarebbe per così dire bifasico. La prima parte rivolta ai giudici, su cui grava il compito di attuarlo; l’altra al legislatore che, all’atto dell’intervento, non si troverà di fronte una “pagina bianca” ma un *carnet* di indicazioni che ne guideranno l’intervento, di cui l’an e il quando sono più incerti del *quomodo*<sup>11</sup>. Si è non a torto ragionato — quasi unanimemente — di “additiva di principio” in quanto la Corte pone l’accento sul fatto che quello che deve essere mantenuto in vita è “un” rapporto di coppia, uno tra i diversi prefigurabili e prefigurati dalla stessa Corte. Tuttavia, prima che il legislatore adotti la normativa sollecitata, i rapporti di coppia non vengono nel nostro ordinamento tutelati in alcun modo se non nella cornice dell’istituto del matrimonio. A meno che non si immagini una tutela, in qualche modo frazionata, di un fascio di diritti che potrebbero essere dai coniugi (*rectius* dagli *ex* coniugi) reclamati e di poi, di volta in volta, sottoposti all’eventuale ratifica giudiziale, l’unico modo per mantenere in vita *un* rapporto di coppia e far coincidere tale rapporto con *il* matrimonio<sup>12</sup>.

Se così stanno le cose, in effetti l’attuazione della sentenza deve fare i conti con l’alternativa sopra adombrata: o il giudice dà attuazione al dispositivo, ponendosi in contrasto con la motivazione della sentenza; oppure il giudice stesso rispetta il divieto di mantenimento in vita del matrimonio in quanto in contrasto con l’art. 29 Cost., di fatto svuotando di significato il dispositivo che censura propria l’o-

---

rimarcando debitamente le peculiarità della situazione, del resto enfatizzate anche dalla stessa Corte, sostiene che il rapporto matrimoniale, nel caso di specie, debba poter proseguire.

- 7 Così R. Romboli, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014, p. 6, secondo cui se il “cuore” suggerisce la soluzione della perdurante validità del matrimonio, la “mente” sembra optare per la soluzione dello scioglimento del vincolo.
- 8 Nel senso indicato A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014, p. 2.
- 9 Nel senso indicato P. Veronesi, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014, p. 14, secondo cui, “a fronte delle rivendicazioni della coppia che intendesse comunque proseguire la propria vita in comune, dovrà dunque essere chi intende negare i diritti di volta in volta in rilievo a opporre e provare la base legale costituzionale della pretesa esclusione”.
- 10 Sul punto, A. Pizzorusso, *Dispositivo e motivazione delle sentenze costituzionali*, in *Foro italiano*, 1985, 51.
- 11 Ricorda opportunamente A. Ruggeri, *ivi*, p. 3, che a tale tipo di inerzia non c’è di fatto rimedio.
- 12 La tutela caso per caso presenterebbe a sua volta elementi di criticità sia sotto il profilo della novità delle situazioni che verrebbero sottoposte ai giudici, e quindi anche sotto l’assetto della pluralità di soluzioni che verrebbero individuate, sia anche per il fatto che gli interessati sarebbero costretti a intraprendere una pluralità di azioni che certo non assicurano una effettiva tutela dei loro diritti pur dalla Corte affermati. La soluzione proposta, come riferito, si deve a P. Veronesi, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto*, *ivi*, pp. 13 ss.

messa previsione di “un rapporto di coppia” da mantenere in vita nella particolare situazione di cui si sta discorrendo.

È chiaro che, come da più parti si è notato, il dispositivo va preso sul serio e va preso per quello che è: un dispositivo di accoglimento. L’illegittimità colpisce, in particolare, una omissione, per quanto con particolarità che in dottrina sono state evidenziate<sup>13</sup>. Non sembra si possa revocare in dubbio che esso, per come è fraseggiato, oltre che naturalmente per il senso, rimandi alla tipologia delle sentenze additive: “di principio”, si è detto, per la pluralità di opzioni che con esso sono compatibili. Quello infatti che è richiesto è il mantenimento in vita di “una” delle forme giuridicamente possibili di coppia.

E proprio da queste considerazioni ha preso le mosse la Cassazione chiamata a pronunciarsi sul “seguito” della sentenza 170.

## 2. La lettura della sentenza 170 proposta dalla Corte di cassazione

Attesa la diffusione con cui la Cassazione passa al setaccio la sentenza n. 170 del 2014, conviene soffermarsi sull’analisi di essa da parte appunto del giudice rimettente. Buona parte della motivazione della pronuncia ha a che fare con la decisione della Corte costituzionale, sulla cui ricostruzione la Cassazione si sofferma a più riprese. Se da una parte la ricognizione dei passaggi più salienti della pronuncia appare funzionale alla decisione da assumere, talora l’indagine si sposta sul significato di essa e sulle sue implicazioni. Si tratta della parte centrale della decisione atteso che quasi i due terzi di essa hanno ad oggetto la sentenza n. 170 della Corte costituzionale. Se in alcuni passi la Cassazione si limita ad una mera ricapitolazione, in alcuni altri passi tale ricostruzione è di più ampio respiro e si intreccia con indicazioni interpretative non certo scontate.

La diffusa motivazione della pronuncia in commento si presta a molteplici considerazioni: da una parte può apparire sovrabbondante rispetto al compito spettante nella fattispecie al giudice; in questa cornice alcune considerazioni non si rivelano del tutto perspicue, e talora non funzionali rispetto alla decisione da assumere; altre prese di posizione appaiono invece assai opportune ed anzi ineccepibili sul piano dei principi; la soluzione adottata, se non l’unica in astratto possibile, risulta probabilmente la più conseguente rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale, e per certi versi appare connotata da una indubbia portata innovativa.

Nelle prime pagine della motivazione vengono ripercorse le scansioni principali del ragionamento svolto dalla Corte nella sentenza 170/2014. Si tratta di un parte meramente descrittiva che richiama, anche testualmente, la pronuncia di cui ci si appresta a dare seguito. “In conclusione — si osserva — dall’esame del tutto coerente della motivazione e del dispositivo di accoglimento assunto dalla Corte emerge che l’illegittimità costituzionale non ha ad oggetto un principio estraneo agli artt. 2 e 4 della l. n. 182 del 1984 ma una delle conseguenze del cd. divorzio automatico che la Corte mira ad eliminare ovvero quella che determina il passaggio da una ‘condizione di massima protezione giuridica ad una condizione di massima indeterminatezza’ della coppia che anche dopo la rettificazione di sesso voglia conservare la propria unione”<sup>14</sup>.

La Cassazione prosegue osservando che la dichiarazione di incostituzionalità “non ha ad oggetto un principio estraneo agli artt. 2 e 4 della l. n. 182 del 1984, ma una delle conseguenze del cd. divorzio automatico che la Corte mira ad eliminare”, e cioè il passaggio dalla condizione di massima tutela ad una di assenza di tutela. Ciò sulla base “dell’esame del tutto coerente della motivazione e del dispositivo dei accoglimento”<sup>15</sup>. Che l’oggetto della decisione non sia estraneo agli artt. 2 e 4 della l. n. 182/1984, sembra evidente sulla base della stessa ordinanza di rimessione e in omaggio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, cui la Corte, pur con qualche eccezione, si ispira correntemente<sup>16</sup>. La Cassazione ragiona di “esame del tutto coerente della motivazione e del dispositivo” della pronuncia di cui si sta elaborando il seguito: si tratta di un profilo non immune da dubbi, essendo anzi prospettabile

13 R. Romboli, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, *ivi*, p. 5.

14 Ancora Corte costituzionale, sentenza dell’11 giugno 2014, n. 170..

15 Corte di cassazione, prima sezione, 21 aprile 2015, n. 8097.

16 Cfr. art. 27 della legge 87 del 1953. Sulla delimitazione dell’oggetto della quaestio, cfr. Corte di cassazione, l’ordinanza del 6 giugno 2013, in *Gazzetta Ufficiale* n. 42, prima serie speciale, 2013.

che tra le due parti della sentenza vi sia un contrasto non così facilmente componibile<sup>17</sup>. Lo stesso esito della pronuncia dimostra che, se per un verso si dà seguito alla pronuncia della Corte costituzionale, per altro verso si consente la prosecuzione di un rapporto matrimoniale in violazione dell'art. 29 Cost., così come, pur certo discutibilmente, letto dalla Corte costituzionale. Nella sostanza la pronuncia della Cassazione realizza invero un risultato analogo a quello che si sarebbe prodotto a seguito di una decisione manipolativa che avesse sostituito il divorzio *automatico* con un divorzio *a domanda*: si tratta di un modulo decisorio che peraltro la Consulta aveva espressamente escluso di poter adottare "perché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti dello stesso sesso"<sup>18</sup>.

La Cassazione insiste a più riprese sulla centralità della constatazione secondo cui il legislatore dovrà intervenire al fine di evitare che, a seguito della rettificazione di sesso di uno dei coniugi, lo *status* di essi, da una condizione di massima protezione, passi ad una diversa condizione di assoluta mancanza di protezione. Si tratta di un passaggio indubbiamente importante della motivazione, ma non necessariamente il perno di essa, tanto è vero che le ragioni della incostituzionalità sono dalla stessa Corte costituzionale individuate in un altro e diverso passo<sup>19</sup>.

Sull'identificazione dell'oggetto della pronuncia di incostituzionalità la Cassazione si sofferma a più riprese. La caducazione automatica del vincolo matrimoniale, si osserva, "produce effetti incompatibili con il grado di protezione costituzionalmente riconosciuto alle unioni omoaffettive, nel senso che determina una soluzione di continuità costituzionalmente non tollerabile tra la condizione preesistente e quella successiva alla rettificazione di sesso"; è tale "deficit di tutela", "incompatibile con la conservazione del grado di protezione costituzionale dell'unione", ad essere considerato "illegittimo" dalla Corte e ad essere "espunto"<sup>20</sup>.

Ma poco oltre la Cassazione soggiunge che "l'illegittimità costituzionale non ha colpito la norma mancante del riconoscimento di uno statuto costituzionalmente adeguato alle unioni tra persone dello stesso sesso" che consenta (anche per i ricorrenti) il passaggio senza soluzione di continuità da una condizione di massima protezione ad una situazione "che conservi il riconoscimento di uno statuto di diritti e doveri conseguenti alla stabilità della scelta affettiva effettuata ed alla creazione di un nucleo familiare in senso stretto"<sup>21</sup>. Se in tal modo si intendesse rimarcare — ma si tratta di un'ipotesi — che la pronuncia non introduce una disciplina, in guisa di "regola", che preveda l'introduzione di uno *status* giuridico che i diritti della coppia salvaguardi, ciò sembra in effetti scontato alla luce del tenore della pronuncia. Sembrerebbe una precisazione pleonastica rispetto alla riconduzione della pronuncia al novero delle "additive di principio", per definizione refrattarie ad introdurre "regole", diversamente dalle additive tradizionali. Se l'intenzione della Corte costituzionale fosse stata quella (pur non del tutto perspicuamente) indicata nel passo appena citato "sarebbe stata sufficiente una sentenza monito conforme alla pronuncia n. 138 del 2010, con un dispositivo di rigetto"<sup>22</sup>. Se quindi la Corte costituzionale — sembrerebbe di capire — avesse inteso evidenziare la necessità (costituzionale) di una tale disciplina, non avendo la possibilità di provvedervi direttamente, a causa del tasso di creatività che tale scelta comporta, avrebbe avuto la possibilità di ripiegare su una sentenza monito simile alla pronuncia n. 138 del 2010, veicolata da un dispositivo di rigetto.

Tutto ciò per giungere ad affermare che, "al contrario", la Corte costituzionale ha considerato l'automatico scioglimento del vincolo matrimoniale e quindi la delineazione di un vuoto normativo che ne consegue come "produttivo di effetti costituzionalmente incompatibili con la protezione che l'unione conseguente alla rettificazione di sesso di uno dei componenti deve, per obbligo costituzionale, conservare ex art. 2 Cost."<sup>23</sup>. Ferme restando le difficoltà che si incontrano nel dare un significato univoco a

17 Con riguardo al "seguito" della sentenza 170 si era indottrina osservato che "in assenza di un intervento del legislatore, qualunque decisione è contraria alla Costituzione": così F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014, p.3.

18 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170..

19 In particolare al punto 5.6 della motivazione, ove viene individuata quella che, per la Corte, è la "ragione del *vulnus*", determinata dalla mancata considerazione, nell'opera di bilanciamento, degli "interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata".

20 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097, secondo cui "la regola relativa all'eliminazione degli effetti giuridici di protezione dei componenti dell'unione conseguente alla caducazione automatica del vincolo ha cessato di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione in Gazzetta Ufficiale (art. 136, comma 1, Cost.)".

21 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.

22 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.

23 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.

tale passaggio della motivazione, forse l'intento era quello di rappresentare che la censura ha finito per investire una omissione pura e la pronuncia della Corte non costituisce una classica additiva in cui si delinea una regola per il caso<sup>24</sup>. Non essendoci, al riguardo, una regola, "costituzionalmente obbligata", l'alternativa che sembra piuttosto delinarsi è tra inammissibilità (eventualmente con accertamento di incostituzionalità accompagnato da un monito rivolto al legislatore) e additiva di principio. Tuttavia, la sentenza 138/2010, richiamata appunto dalla Cassazione come alternativa "possibile", non solo non contiene alcun accertamento di incostituzionalità, ma esprime una valenza monitoria piuttosto blanda, molto più blanda rispetto ad altri casi, soprattutto quando la pronuncia rechi un accertamento di incostituzionalità: si tratta di un accertamento che per definizione non può convivere con una pronuncia di infondatezza<sup>25</sup>. Stando così le cose, nel caso che ci occupa, avendo la Corte preso chiaramente posizione per l'incostituzionalità dell'omissione, l'alternativa alla pronuncia adottata non avrebbe potuto dare luogo ad una decisione che avesse le sembianze della sentenza n. 138/2010.

Nei limiti (problematicamente) individuati dalla Cassazione, la pronuncia viene ritenuta "autoapplicativa e non meramente dichiarativa". Anche sotto questo profilo l'approccio non dissolve una ambiguità di fondo: tutte le pronunce di accoglimento sono — devono essere — "autoapplicative", nel senso che devono essere eseguite nella misura in cui è del tutto inibito — per qualsiasi autorità — applicare la norma, qualsiasi norma, dichiarata incostituzionale. È evidente che la disciplina da applicare deve essere conseguente rispetto alla statuizione di incostituzionalità o, quanto meno, non deve essere con tale statuizione incompatibile. Ipotizzare che una pronuncia di accoglimento possa essere "meramente dichiarativa" sembra invero un ossimoro. Se un senso si vuole dare a tale scorcio della pronuncia, si può ritenere che la Cassazione abbia escluso di poter degradare la decisione della Corte costituzionale ad una statuizione di incostituzionalità priva di effetti concreti: si tratta di una constatazione ineccepibile, ma forse superflua dal momento che la situazione descritta rimanda piuttosto alle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, veicolate da decisioni di inammissibilità e non certo di accoglimento. In effetti in dottrina si è adombrato, in ragione delle difficoltà applicative della pronuncia, che essa potrebbe in definitiva sortire effetti simili a quelli di una pronuncia di rigetto con monito: ma, appunto, si tratta di una ipotesi dottrinale, volta con tutta probabilità a rimarcare la problematicità della pronuncia<sup>26</sup>.

Nell'ottica della individuazione della soluzione che configuri una coerente esecuzione della pronuncia della Corte costituzionale, si constata che, a seguito della sentenza n. 170, si è profilato un "vuoto normativo ritenuto costituzionalmente intollerabile", rappresentato appunto dalla "mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione di sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso"<sup>27</sup>. Viene dato per scontato che la condizione dei soggetti, come i ricorrenti, già coniugati, dovrà essere assimilabile, a seguito di mutamento di sesso di uno di essi, a quella delle coppie dello stesso sesso se e quando oggetto di regolazione legislativa. È interessante osservare che non si tratta certo di una soluzione obbligata, sulla scorta di quanto desumibile dalla sentenza 170/2014. In dottrina non è mancato chi ha sottolineato come uno dei risultati possibili, alla luce appunto della sentenza n. 170, potrebbe consistere nella individuazione — ad opera del legislatore — di *status* diversi nei due casi: quello delle coppie dello stesso sesso *tout court* e quello delle coppie che versano nella situazione che ha dato luogo alla sentenza<sup>28</sup>.

Ancora. La Cassazione esclude la possibilità, del resto segnalata dalla stessa sentenza n. 138 del 2010, di "richiedere giudizialmente l'adeguamento [...] nella titolarità e nell'esercizio dei diritti fondamentali che costituiscono il nucleo del riconoscimento costituzionale *ex art. 2 Cost* alle unioni omoaffettive"<sup>29</sup>. Ciò in quanto non siamo al cospetto di "una relazione di fatto", pur costituzionalmente protetta, ma di un rapporto matrimoniale, caratterizzato "dal massimo grado di protezione giuridica"<sup>30</sup>. Al riguardo

24 Di pronuncia che colpisce una omissione pura ragiona, a più riprese, R. Romboli, *ivi*, p. 4.

25 Si tratta di una casistica, quella delle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, che negli ultimi anni sono nuovamente frequentate dalla Corte: da ultimo, ed anche per ulteriori indicazioni, R. Pinardi, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 377 ss.

26 A. Ruggeri, *ivi*, p. 2.

27 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.

28 A. Ruggeri, *ivi*, p. 5 Al riguardo non si è mancato di rimarcare che la moltiplicazione degli *status* rischierebbe però di determinare ricadute discriminatorie: G. Brunelli, *ivi*, p. 5, che in proposito allude ad "inaccettabili diseguaglianze".

29 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.

30 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.



ci si può limitare ad osservare che tale opzione ermeneutica non pare in effetti “imposta”, sia alla luce della sentenza n. 138/2010, che di tali aspetti aveva ragionato, sia in considerazione di alcune suggestioni dottrinali, che una tale possibilità avevano messo sul tappeto, ragionando in proposito di una “terza via”, che avrebbe potuto superare situazioni di stallo conseguenti alla pronuncia della Corte costituzionale: del resto si tratterebbe di una soluzione — forse l’unica ipotizzabile — idonea ad evitare una “esecuzione” della pronuncia della Corte costituzionale che ne costituisca, sotto altro profilo, una “violazione”<sup>31</sup>.

Sembra quindi che l’apparato argomentativo dispiegato nella pronuncia in esame risulti in qualche misura sovrabbondante, talora ripetitivo, per lo meno con riguardo alla ricostruzione della pronuncia della Corte costituzionale, che occupa una cospicua parte della motivazione. Se della sentenza n. 170/2014 in dottrina sono state proposte ricostruzioni varie e diversificate, nell’ambito di una pronuncia giurisdizionale lo sforzo ermeneutico dovrebbe forse limitarsi a quanto strettamente funzionale alla decisione da assumere. Il giudice *a quo*, cui la questione ritorna dopo l’incidente di costituzionalità, dovrebbe prendere atto della pronuncia in quanto funzionale alla prosecuzione del giudizio piuttosto che indagarne tutte le potenzialità interpretative, tentando di risolverne eventuali dubbi e contraddizioni. In diversi punti della motivazione la Cassazione, nel compiere una minuziosa opera di esegesi della pronuncia della Corte costituzionale, esibisce un argomentare non sempre di facile lettura, accedendo ad interpretazioni che, oltre a non essere “imposte” dalla sentenza 170/2014, non sempre risultano strettamente strumentali rispetto alla decisione da assumere<sup>32</sup>.

### 3. La soluzione adottata dalla Cassazione

In relazione alla decisione sul “caso” oggetto del giudizio, poche ed essenziali potevano essere le considerazioni da svolgere a giustificazione della strada intrapresa. Si tratta, peraltro, di considerazioni di fatto puntualmente svolte dalla Corte, anche se frammiste ad altre valutazioni sulla sentenza della Corte costituzionale, a rigore non indispensabili al fine di corredare la motivazione della soluzione prescelta.

In quest’ottica affermazioni importanti, e necessariamente prodromiche alla soluzione adottata, sono chiaramente svolte dalla Cassazione. Quello che viene colpita dalla Corte costituzionale — si osserva — è una lacuna del tessuto legislativo: di “deficit di tutela” non casualmente ragiona la Cassazione, alludendo al fatto che gli effetti illegittimi della normativa impugnata sono quelli che determinano “una soluzione di continuità non costituzionalmente tollerabile tra la condizione preesistente e quella successiva alla rettificazione di sesso”. Tale deficit viene “espunto dall’ordinamento mediante una pronuncia di accoglimento” che viene qualificata come “additiva di principio”. Si tratta di una qualifica che — verrebbe da dire per definizione — “non elide la specificità degli effetti delle pronunce di accoglimento così come indicati nell’art. 136, comma 1, della Costituzione”. Ribadito che è il “vuoto normativo” a produrre effetti incostituzionali, e considerato che la pronuncia è pur sempre di accoglimento, ne si ammette la natura “autoapplicativa”, di cui si evidenzia la disomogeneità rispetto alle sentenze “manipolative in senso stretto”. Nelle pronunce additive di principio la Corte costituzionale “non immette direttamente nell’ordinamento [...] una concreta regola positiva”. Ciò non toglie — e questa pare la considerazione dirimente — che “non è seriamente contestabile che il principio della necessità immediata e senza soluzione di continuità di uno statuto sostanzialmente equiparabile[...] a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate che si vengono a trovare nella peculiare condizione delle ricorrenti abbia natura imperativa e debba essere applicato con l’efficacia stabilita dall’art. 136 Cost.”. A prescindere dall’intervento del legislatore, il “giudice *a quo* è tenuto ad individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento”<sup>33</sup>.

31 P. Veronesi, *ivi*, pp. 13 ss. Si tratta di una via individuata al fine di scongiurare il paventato “doppio effetto paralizzante” che potrebbe profilarsi a seguito di pronunce simili, per impianto, alla 170 del 2014: sul punto G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 180 ss. È interessante notare che dalla pronuncia della Cassazione si ricava che anche il Procuratore generale aveva adombrato tale soluzione propendendo per un “adeguamento caso per caso rimesso alla Corte costituzionale od ai giudici ordinari”.

32 L’impianto della sentenza non fa che confermare come una certa ridondanza nella parte “in diritto” della motivazione sia un tratto ricorrente dello stile delle sentenze dei nostri giudici: su tale profilo cfr., in particolare, M. Taruffo, *La fisionomia della sentenza in Italia, in AA.VV., La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, spec. pp. 199 ss.

33 Tutte le citazioni sono tratte dalla citata sentenza della Cassazione, che al riguardo conclusivamente osserva che il principio che emerge dalla pronuncia della Corte costituzionale è “costituzionalmente inderogabile ed impone un adeguamento neces-

Sulla base di queste essenziali premesse, la Cassazione ritiene che la caducazione automatica del vincolo matrimoniale vada necessariamente rimosso, sino a che — e qui sta la soluzione innovativa — “il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo” introducendo “un modello di relazione tra persone dello stesso sesso”. Si tratta di una “opzione ermeneutica” “costituzionalmente obbligata” la quale “non determina l’estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive”, “svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile” di evitare una vuoto di tutela per la situazione oggetto di giudizio, di cui la Cassazione, come del resto la Corte costituzionale, rimarca a più riprese la particolarità. Sulla scorta di tali premesse la conclusione appare inevitabile nel senso di “conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti e doveri”. La conservazione dello *status* matrimoniale sembra in effetti una soluzione obbligata, ma *rebus sic stantibus*, tanto è vero che essa è “sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione” che il legislatore provvederà ad introdurre<sup>34</sup>. Si tratta di un epilogo di certo ineccepibile sul piano del “seguito” che la Cassazione era chiamata a dare alla pronuncia della Corte costituzionale: una soluzione di certo originale, che per vero era stata prospettata da un’attenta dottrina<sup>35</sup>.

Se quella appena descritta è la parte *necessaria* della sentenza della Cassazione, essa sembra più che *sufficiente* a giustificare la scelta adottata. Si tratta, a mio sommo avviso, della parte del resto più convincente della motivazione, ineccepibile sul piano dei principi e difficilmente eludibile alla luce del dispositivo, pur problematico, della sentenza n. 170/2014.

Nella valutazione degli effetti di una sentenza di accoglimento, si è convincentemente osservato in dottrina, conviene distinguere, da una parte, “l’analisi della sentenza, tendente a determinare da un punto di vista generale e astratto quella portata normativa in cui si concreta la sua efficacia di giudicato” e, dall’altra, l’“elaborazione delle norme da applicare alla fattispecie in esame”<sup>36</sup>. Coltivando questa prospettiva, si può in effetti concludere nel senso che, se l’analisi della pronuncia della Corte costituzionale operata dalla Cassazione può dare adito a qualche dubbio, nella “operazione di ricerca, selezione ed interpretazione dei materiali utilizzabili per determinare la norma da applicare” alla particolare “fattispecie concreta” l’operato della Cassazione ha pienamente risposto alle aspettative di una buona parte della dottrina ma, ciò che più conta, delle parti del processo principale<sup>37</sup>.

Una sentenza additiva di principio molto simile a quella che ha originato la pronuncia in commento è stata di recente adottata dalla Corte, in riferimento al cosiddetto parto “anonimo”, contestandosi l’impossibilità di consultare, su richiesta del figlio, la madre sulla perdurante volontà di non essere riconosciuta, secondo una scelta espressa al momento del parto<sup>38</sup>. La Corte si pronuncia nel caso per l’illegittimità della normativa impugnata nella parte in cui non prevede, attraverso un procedimento *stabilito dalla legge* che assicuri la massima riservatezza, la possibilità, per il giudice, di interpellare la madre che abbia dichiarato di voler rimanere anonima sulla perdurante attualità di tale scelta<sup>39</sup>. Anche in questo caso una pronuncia che colpisce un’omissione legislativa. Ma un’additiva di principio, nella misura in cui, considerata incostituzionale la lacuna, la Corte non introduce una regola ma un principio, quello secondo cui la madre deve poter essere interpellata in modo riservato. Nel dispositivo della decisione si rinvia ad un emanando provvedimento legislativo per la definizione delle modalità con cui procedere al fine di consentire un interpellato della madre in punto “anonimato”, in modo da superare la situazione di riscontrata illegittimità: “sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre biologica di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato, secondo scelte

sario”.

34 Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.

35 B. Pezzini, *ivi*, p. 5, secondo cui “il matrimonio, dopo la rettificazione e per effetto della rettificazione, risulta sottoposto ad una condizione risolutiva, che si verifica al momento in cui il legislatore realizza la condizione pretesa dalla sentenza 170 come contenuto necessario della norma (entrata in vigore della disciplina legislativa della convivenza registrata)”.

36 Così A. Pizzorusso, *ivi*, p. 52.

37 Le citazioni sono tratte ancora da A. Pizzorusso, *ivi*.

38 Corte costituzionale, sentenza del 22 novembre 2013, n. 278.

39 Corte costituzionale, sentenza del 22 novembre 2013, n. 278.

procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso [...] ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica"<sup>40</sup>.

A fronte di una tale pronuncia, apparentabile, sotto diversi profili, alla 170 del 2014, i giudici di merito non sembra abbiano avuto incertezze in ordine ai provvedimenti da adottare<sup>41</sup>. Ad onta del riferimento ad un intervento legislativo, che potrebbe suonare come *conditio sine qua non* del concreto operare della statuizione, i giudici hanno invece dato seguito alla sentenza sulla scorta di varie motivazioni tutte accomunate dalla natura della sentenza della Corte e dagli ineludibili effetti che dalle pronunce di accoglimento derivano. Interessante è una decisione resa dal Tribunale di Trieste che, oltre a soffermarsi lungamente sulla pronuncia della Corte costituzionale, indagandone gli effetti in maniera approfondita, detta una griglia assai articolata secondo la quale va scansionato il procedimento che conduce — su richiesta del figlio — all'interpello della madre sulla perdurante volontà di rimanere in uno stato di anonimato<sup>42</sup>. Se risulta assai apprezzabile tale sforzo, volto a rendere effettivo un diritto a chiare lettere enunciato dalla Corte costituzionale, la sentenza si segnala anche per il fatto che nel caso si andava a decidere su una specifica questione che era rimasta in ombra sia nell'ambito della pronuncia della Corte costituzionale sia in quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, che pure si era espressa sulla questione<sup>43</sup>. *Quid juris* se, a seguito del procedimento di individuazione, risulti che la madre sia deceduta? Rimane dubbio se debba prevalere il diritto del figlio a conoscere le proprie origini (nei limiti dalla Corte consentiti) o se si riespanda, in mancanza del titolare del diritto "all'oblio", il termine di cento anni fissato in caso di opzione per l'anonimato. Al di là del fatto che bene il giudice argomenta per la *personalità* del diritto all'oblio, non trasmissibile agli eredi, con conseguente possibilità di conoscenza dei dati relativi alla madre deceduta, è interessante notare che si tratta di un punto che ha dato origine a diverse interpretazioni giurisprudenziali a testimonianza del rischio, che le additive di principio portano inevitabilmente con sé, di creare disparità di trattamento anche vistose, in considerazione del fatto che altro è un intervento legislativo, altro un provvedimento giurisdizionale, ritagliato sul caso e per definizione refrattario a disciplinare situazioni diverse o ulteriori rispetto alla *res judicanda*.

Si tratta, del resto, di dubbi ben noti in dottrina, e in qualche misura connaturati appunto al tipo di sentenza impiegato. Da una parte essi sono controbilanciati dal fatto che si tratta di una opzione obbligatoria — o per lo meno preferibile — al ricorrere di talune circostanze: a fronte di pronunce declinatorie di competenza, in cui la Corte affermerebbe un *non possumus* che si traduce in pronunce di inammissibilità tutt'altro che soddisfacenti, con le additive di principio si realizza il principio di "legittimità costituzionale" che sembra debba prevalere anche sul rischio di disparità di trattamento che possono avere luogo in sede applicativa; dall'altra parte va sempre ricordato che si tratta di una situazione che, pur connotata da taluni margini di incertezza, può essere in ogni momento rimossa con un intervento legislativo che, recependo le indicazioni della Corte, provveda anche a realizzare quella coerenza sistematica difficilmente attingibile per via giudiziaria.

40 Corte costituzionale, sentenza del 22 novembre 2013, n. 278, n. 6 del *considerato in diritto*. La Corte descrive pure le caratteristiche che l'*iter* di interpello dovrà rivestire, dovendo esso passare "attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza".

41 Corte d'appello di Venezia sentenza del 21 marzo 2014; Corte d'appello di Catania, sentenza del 12 novembre 2014.

42 Tribunale dei minorenni di Trieste, decreto dell'8 maggio 2015.

43 Corte Edu, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*.

#### 4. Considerazioni (interlocutorie) sulla vicenda, anche alla luce di ulteriori recenti tendenze della giustizia costituzionale

La motivazione della pronuncia in esame, con luci e ombre, coglie l'essenza, pur problematica, della decisione della Corte costituzionale, fugando i dubbi più inquietanti relativi ad una pronuncia di accoglimento che potrebbe essere destinata a non produrre gli effetti tipici del "tipo" a cui appartiene<sup>44</sup>. Chiarito questo, rimane spazio solo per una considerazione conclusiva (anche provocatoriamente avanzata) che, prendendo le mosse dal caso che ci ha occupato e dai precedenti di esso, coinvolga altre tendenze che la giurisprudenza costituzionale recente esprime.

Il dispositivo della sentenza della Corte costituzionale del cui "seguito" ci siamo occupati è idealmente indirizzato a diversi interlocutori: una parte rivolta al giudice, l'altra al legislatore. La lettura secondo cui l'operatività di essa sarebbe subordinata ad un intervento legislativo è fondata su un chiaro riferimento (letterale) contenuto nella motivazione e soprattutto nel dispositivo. Il rapporto di coppia da mantenere in vita sarà quello disciplinato "con le modalità da statuirsi dal legislatore"<sup>45</sup>. Il giudice rimettente, nel caso la Corte di cassazione, ad onta di tale indicazione, ha dato esecuzione ad essa, pretermettendo il fatto che essa presupponesse — a rigore — un intervento legislativo. Nel senso appena indicato si sono di norma mossi i giudici in circostanze analoghe. Vi sono al riguardo significativi precedenti: in una risalente pronuncia la Corte costituzionale, all'atto di dichiarare l'incostituzionalità di una norma, si era inequivocabilmente espressa sul potere/dovere — dei giudici e dell'amministrazione — di continuare ad applicare, sino all'auspicato intervento legislativo, la norma oggetto di annullamento<sup>46</sup>. I giudici sono di norma stati di diverso avviso, procedendo a dare comunque esecuzione alla pronuncia, nonostante l'invito della Corte in senso contrario, a testimonianza anche del fatto che il problema degli effetti delle sentenze della Corte rientra nella sfera di competenza dei giudici<sup>47</sup>. Nei casi — in verità molto meno frequenti — in cui la riserva di intervento al legislatore compaia addirittura nel dispositivo della pronuncia, si è ritenuto che un intervento giudiziale non fosse affatto inibito<sup>48</sup>.

Si tratta di un approccio di norma coltivato in sede giudiziaria. Ciò è accaduto anche quando, pur non comparando nel dispositivo un esplicito rinvio al legislatore, il tenore generale della pronuncia esibisse riferimenti, anche insistiti, alla necessità di un intervento legislativo<sup>49</sup>. La stessa Corte costituzio-

44 Se è vero che in dottrina si era isticamente qualificato come inquietante il caso di una pronuncia di inammissibilità accompagnata da un riconoscimento di incostituzionalità, forse anche più preoccupante sarebbe il caso di una decisione di incostituzionalità i cui effetti vengono sterilizzati sulla scorta di un riferimento ad un intervento legislativo, per definizione futuro e incerto (e ovviamente incoercibile, come osservato da ultimo da Ruggeri, *ivi*, p. 3): il riferimento è a L. Carlassare, *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 314 ss.

45 Ancora Corte costituzionale, sentenza dell'11 maggio 2014, n. 170.

46 Corte costituzionale, sentenza del 3-12 giugno 1991, n. 277 che faceva salva "la possibilità di continuare in via provvisoria ad erogare agli interessati il trattamento economico risultante dalle tabella dichiarata illegittima fino alle determinazioni conseguenti alla presente pronuncia".

47 Sul seguito di tale pronunce, e di altre similari, si rinvia alle puntuali indicazioni di F. Politi, *L'applicazione delle additive di principio da parte dei giudici comuni e l'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità*, in "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli (a cura di), Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, pp. 182, 183.

48 Oltre al già ricordato recente caso della sentenza Corte costituzionale, 22 novembre 2013, n. 278, di cui si è indicato il seguito, una tale eventualità si era ad esempio verificata nella sentenza della Corte costituzionale, sentenza del 16 luglio 1999, n. 309: in riferimento ad essa, tuttavia, mai si è dubitato della possibilità di dare esecuzione alla pronuncia da parte dei giudici e dell'amministrazione pubblica (nel senso indicato, anche di recente, A. Rovagnati, *La pretesa di prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale italiano*, in, *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, F. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2013, pp. 184 ss.

49 In questo senso, ad esempio, diversi dubbi aveva nella prassi determinato la Corte costituzionale, sentenza dell'11 febbraio 1999, n. 26, relativa alla dichiarazione di incostituzionalità della mancanza di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti. Se pure in dottrina si era optato per una necessaria applicazione da parte dei giudici, ad onta delle incertezze che la pronuncia poteva ingenerare (sul punto S. Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; e M. Ruotolo, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, rispettivamente pp. 190 ss. e 203 ss.), in giurisprudenza si era reso necessario, a seguito di più di qualche incertezza registrata sia in sede di giurisprudenza di merito che di legittimità, un intervento risolutivo della Corte di cassazione (sezioni unite, 26 febbraio 2003, n. 25079, cu cui cfr. le considerazioni di F. Fiorentin, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di colloqui dei detenuti*, in *Diritto&Diritti*, 2004), rinvenendosi, anche successivamente alla pronuncia del Giudice delle leggi, decisioni che patrocinavano la tesi della non impugnabilità dei provvedimenti sopra meglio indicati in omaggio al principio di tassatività delle impugnazioni (ad es., Corte



nale, ancora in tempi risalenti, sembrava aver fugato diversi dubbi quando, investita di una questione già decisa con una delle prime additive di principio, pur dopo aver data per scontata l'opportunità di un intervento del legislatore "in via di normazione astratta", ribadiva che con tali pronunce essa stessa "somministra [...] un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione del caso concreto"<sup>50</sup>.

Cercando di inserire la vicenda in commento in un contesto più generale, si può ricordare una recente pronuncia della Corte costituzionale che, come noto, ha riportato di attualità il tema della limitazione nel tempo degli effetti delle pronunce di accoglimento<sup>51</sup>. Si tratta di una prassi che ha suscitato, anche nel passato, diverse perplessità. Alla luce della vicenda relativa al "seguito" delle additive di principio, e soprattutto di certe additive di principio, come quella da cui si è partiti per indagarne l'attuazione, ci si potrebbe interrogare sulla assoluta intangibilità delle limitazioni degli effetti nel tempo delle pronunce di accoglimento, talora chiaramente enunciati dalla Corte costituzionale<sup>52</sup>. I principi di rango costituzionale, e di evidente valore sistemico, messi a repentaglio da tali decisioni sono, come noto, diversi. Se il dibattito sul punto si è da ultimo riaperto, è ben vero che la dottrina aveva segnalato le incongruenze di decisioni che andassero a toccare gli effetti, costituzionalmente stabiliti, delle pronunce di accoglimento, seminando dubbi soprattutto con riguardo alla possibilità di operare bilanciamenti tra principi del tutto disomogenei<sup>53</sup>. Si tratta di dubbi e perplessità che si sono puntualmente riproposti al ricomparire di tale *modus procedendi* e che si sono tradotti in prese di posizione (anche) fortemente critiche rispetto all'operato della Corte. Ciò sia con riguardo alla possibilità di sottoporre a bilanciamento principi sostanziali e principi di ordine processuale, sia sul versante del rischio di dissoluzione di uno dei principi cardine — fornito di indubbia copertura costituzionale — del nostro modello di accesso al Giudice delle leggi e cioè il principio dell'incidentalità<sup>54</sup>.

Se coerenza ci deve essere, e ragionevolezza, in riferimento al contenuto delle sentenze del Giudice delle leggi, si è giustamente rimarcato che tale ragionevolezza deve guidare anche l'utilizzo degli strumenti processuali<sup>55</sup>. Di qui la possibilità, o meglio la necessità, che siano i giudici a governare, come è in qualche misura naturale che sia, gli effetti delle sentenze della Corte<sup>56</sup>. Nel caso da cui abbiamo preso le mosse, il giudice *a quo* ha ignorato il fatto che la predisposizione di tutele per una coppia in cui si sia verificato un cambiamento di sesso di uno dei coniugi fosse (o potesse essere letta come) subordinata ad un intervento del legislatore, così come sembra desumersi dal dispositivo della sentenza. Allo stesso modo il giudice ha obliterato — pur in via interinale — il divieto, tassativo nell'ottica coltivata dalla

---

di cassazione, 10 maggio 2000, n. 2222). Si osservi che, ad onta del richiamo della Corte a scelte di competenza del Legislatore, alla carenza di mezzi di impugnazione evidenziata dalla Corte costituzionale è stato posto rimedio solamente con l'art. 3 del D.L. n. 146/2013, *Misure urgenti in tema di diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria* in cui, modificando la, è stato finalmente introdotto l'art. 35 bis nell'ambito della legge sull'ordinamento penitenziario (a distanza di quattordici anni dalla pronuncia della Corte).

50 Così Corte costituzionale, sentenza del 26 giugno 1991, n. 295, con riferimento alla sentenza n. 497 del 1988.

51 Il riferimento è a Corte costituzionale, sentenza dell'11 febbraio 2015, n. 10.

52 Tale modulo decisorio è stato di recente adottato dalla Corte costituzionale nella sentenza dell'11 febbraio 2015, n. 10.

53 Sul punto, tra i molti, F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, pp. 342 ss. ove si ammette entro stretti limiti il bilanciamento nel caso in cui trovi giustificazione "in un principio di pari fondamento costituzionale" e solo quando tale opzione sia "costituzionalmente necessitata"; esclude del tutto tale possibilità, proprio in ragione della disomogeneità dei principi che la Corte andrebbe a contemperare, L.A. Mazzaroli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, Cedam 2000, pp. 216 ss.

54 Sul primo versante insiste a più riprese, con argomenti convincenti, R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forucostituzionale.it](http://www.forucostituzionale.it), 2015, p. 14; sul rischio di obliterazione del carattere dell'incidentalità si è pure soffermata la dottrina: in particolare A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 2; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 3; A. Ruggeri, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 3, il quale definisce "mostruosa" "l'affermazione contenuta nella parte motiva della decisione in commento, nella parte in cui esclude l'applicazione della decisione stessa persino nel giudizio a quo".

55 A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi)*, *ivi*, p. 5.

56 Sul punto la dottrina è ampiamente conforme: per tutti G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 199 ss.

Corte costituzionale, della sopravvivenza di un legame matrimoniale tra persone dello stesso sesso, divieto in questo caso espresso in modo inequivoco in motivazione.

Nella fattispecie di cui alla sentenza 10 del 2015, la limitazione degli effetti della sentenza di annullamento determina una sensibile incrinatura del principio dell'incidentalità oltre che una sostanziale vanificazione dei diritti delle parti del processo: tutto ciò a seguito di un bilanciamento tra diritti sostanziali e norme processuali, quali l'art. 136 Cost., da più parti ritenuto del tutto precluso alla Corte<sup>57</sup>. A ben vedere gli stessi principi che hanno guidato la Cassazione a superare l'*impasse* che dalla sentenza n. 170 avrebbero potuto derivare, potrebbero in realtà legittimare il giudice rimettente, nel caso della sentenza n. 10 del 2015, a non considerare quella parte della decisione che limita gli effetti di una pronuncia di incostituzionalità. Si tratta di una scelta resa più agevole dalla mancanza, nel dispositivo, di una indicazione in tal senso<sup>58</sup>. A fronte di tale ambiguità, ed anche alla luce del fatto che in caso di incongruenze tra motivazione e dispositivo è ovviamente a quest'ultimo che si deve guardare, non suonerebbe poi così stonato il provvedimento del giudice, soprattutto del giudice *a quo*, che desse corso all'applicazione della pronuncia di incostituzionalità a prescindere dal contenimento degli effetti in essa previsto<sup>59</sup>. Oltre alla carenza, nel dispositivo, di indicazioni sul punto, non si può pretermettere che la paventata influenza di una pronuncia di un giudice investito in via incidentale, o pregiudiziale, di una questione relativa ad una norma da applicare nel giudizio *a quo*, era stata dalla stessa Corte considerata alla stregua di una violazione di un principio fondamentale<sup>60</sup>. Non pare quindi affatto da escludere che i giudici, per lo meno i rimettenti, prendano atto della dichiarazione di incostituzionalità, assumendo le conseguenti determinazioni<sup>61</sup>. Del resto la pronuncia della Cassazione da cui abbiamo preso le mosse non solo ha ignorato il riferimento al legislatore contenuto nel dispositivo della sentenza, ma ha consentito che perdurasse — pur sottoposta a condizione risolutiva, peraltro di incerta verifica — una situazione che la Corte costituzionale aveva senza mezzi termini bollato come *contra Constitutionem*.

Situazioni di incertezza quali quelle appena rappresentate sarebbero auspicabilmente da evitare. Derivando esse da alcuni dispositivi particolarmente problematici di pronunce della Corte costituzionale, ad essi forse conviene riandare al fine di verificare la sussistenza di alternative plausibili. In effetti la scelta della tipologia decisoria costituisce un momento nevralgico dell'attività, anche creativa, della Corte: "è importante però usare gli strumenti che la Corte ha creato quando veramente il principio di legittimità lo esige, in forma quasi necessitata"<sup>62</sup>. Al di là delle motivazioni delle sentenze citate, si può osservare che le tipologie processuali adottate avrebbero potuto essere diverse. Nel caso della sentenza n. 170/2014, infatti, si è suggerito che una pronuncia manipolativa che avesse, in relazione alla particolarissima situazione *sub iudice*, consentito una prosecuzione del rapporto matrimoniale a seguito di richiesta dei coniugi in tal senso, avrebbe evitato le incertezze conseguenti alla pronuncia adottata<sup>63</sup>. Nell'altro discusso arresto sulla *Robin Hood Tax* la Corte avrebbe forse potuto utilizzare lo strumento della additiva di principio, in luogo di una pronuncia che toccasse il delicato snodo dell'efficacia nel

57 Non si tratta, peraltro, di una opinione monolitica: si ricordi, al riguardo, la netta presa di posizione in favore di tale tipologie di sentenze da parte di M.S. Giannini, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 163 ss.

58 Insiste su questo profilo R. Romboli, *ivi*, p. 19, osservando che "la divergenza tra un chiaro dispositivo e la motivazione dovrebbe, secondo i principi, essere risolta a favore del primo".

59 Segnala l'opportunità che, in eventuali casi, futuri, sia espressamente escluso il giudice rimettente dalla limitazione degli effetti della pronuncia di accoglimento M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015, p. 6.

60 Si tratta della nota sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1989: "non può non apparire in contraddizione con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale, e con la relazione necessaria che intercorre fra giudizio incidentale e giudizio principale, l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata". Sul rischio, mai così presente nei precedenti dalla stessa Corte segnalati, di vanificazione della pregiudizialità, insiste a più riprese A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, *ivi*, p. 2.

61 Chiaro sul punto P. Veronesi, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 2.

62 Questo l'ammonimento di L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1982, p. 531.

63 Nel senso indicato, tra gli altri, G. Brunelli, *ivi*, p. 4, secondo cui appunto la Corte avrebbe potuto procedere "attraverso una sentenza manipolativa che sostituisse il divorzio automatico con un divorzio a domanda". Eliminando in sostanza l'automaticità dello scioglimento del matrimonio e rilasciando al giudice la valutazione in proposito, la Corte avrebbe peraltro seguito un percorso ben noto e assai frequentato, soprattutto dalla giurisprudenza recente (cfr. il filone di pronunce relativa all'automaticità, per una serie di reati, della custodia cautelare in carcere, su cui, da ultimo, V. Manes, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 257 ss.

tempo delle decisioni di accoglimento<sup>64</sup>. Tale decisione avrebbe poi potuto essere corredata da ulteriori statuizioni sulla eventuale diluizione nel tempo degli esborsi a carico dello Stato, sulla falsariga di quanto dalla stessa Corte fatto in una nota e risalente pronuncia<sup>65</sup>. L'impiego delle tipologie decisorie indicate avrebbe, con tutta probabilità, meglio realizzato "il principio di legittimità costituzionale", di modo che ad esse avrebbe dovuta essere data forse la preferenza<sup>66</sup>.

64 Si tratta di una ipotesi avanzata anche in dottrina: cfr. I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1/2015, p. 9.

65 Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale, sentenza del 19 maggio 1993, n. 243, nel cui dispositivo si rinvia, ai fini dell'esecuzione della pronuncia ai "principi" e ai "tempi" indicati in motivazione, ove si riconosce che spetta al legislatore determinare "la misura, i modi e i tempi" del computo dell'indennità integrativa speciale ai fini della determinazione del trattamento di fine rapporto.

66 Sul nesso stringente tra realizzazione del principio di "legittimità costituzionale" e utilizzo degli svariati strumenti decisorii di cui dispone (e di cui si è nel tempo dotata) la Corte, insisteva già F. Modugno, *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 104.

Giampaolo Parodi\*

## Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio *a quo* della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale

### Abstract

Rispondendo alle domande proposte dalla Redazione, l'A. compie una valutazione dal punto di vista processuale della sentenza Corte di cassazione, 21 aprile 2015, n. 8097, che ha inteso la sentenza Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170 come una pronuncia capace di fornire agli organi giurisdizionali un principio suscettibile di doverosa applicazione *medio tempore*, in attesa dell'intervento legislativo costituzionalmente imposto. Inquadrando il tema nell'ambito della più vasta materia delle decisioni additive di principio e con riferimenti alla giurisprudenza e alla dottrina tedesche, giunge alla conclusione che la pronuncia della Cassazione non sembri coerente con la "grammatica" delle pronunce d'incostituzionalità di tipo manipolativo elaborata dalla giurisprudenza costituzionale. L'alto grado di discrezionalità del giudice costituzionale rispetto alle tecniche decisorie, osservato in questo ed in analoghi casi, fa anche rimarcare la necessità di una più ampia ed esaustiva motivazione delle decisioni.

*Responding to the questions made by the Editorial Board, the A. analyses, from the point of view of the procedural law, the judgment issued on 21st April 2015, n. 8097 of the Court of Cassation, which interpreted the ruling issued on 11th June 2014 n. 170 of the Constitutional Court as providing the courts with a principle liable to a duty medio tempore application, while waiting for the law to comply the aforementioned constitutional decision. Framing the issue in the context of the wider subject of additives-of-principle decisions and with regard to German case law and doctrine, the A. concludes that the decision of the Court of Cassation does not seem consistent with the "grammar" of the manipulative rulings on unconstitutionality pronounced by the Constitutional Court so far. The high degree of judicial discretion of the Constitutional court with respect to the decision-making technique, which can be observed in this and other similar cases, makes even more important the need for a broader and thorough reasoning of judgments.*

\* Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università di Pavia.



## 1.

La sentenza 21 aprile 2015, n. 8097, della Corte di cassazione, prima sezione civile, giudice *a quo* nel procedimento in via incidentale definito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 170 del 2014, ha dato di quest'ultima<sup>1</sup>, a séguito di riassunzione, una lettura di notevole interesse e in larga misura inaspettata<sup>2</sup>.

Secondo la Corte di cassazione, il dispositivo additivo di principio riportato in nota non esclude, anche alla luce della motivazione, la normale portata caducatoria della decisione d'incostituzionalità.

In particolare, le disposizioni impugnate sarebbero state ritenute incostituzionali non solo nella parte in cui *non prevedono* ciò che l'art. 2 della Costituzione impone a tutela della coppia "attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso", secondo quanto dichiarato nel dispositivo; ma anche nella parte in cui *prevedono* l'automatica dissoluzione del vincolo matrimoniale in conseguenza della sentenza di rettificazione, in assenza di una disciplina legislativa idonea a consentire, ove entrambi i coniugi lo richiedano, "di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato".

Secondo il giudice di legittimità, la Corte costituzionale avrebbe almeno implicitamente accertato l'incostituzionalità del cosiddetto divorzio imposto in mancanza — e a causa della mancanza — di una protezione giuridica degli *ex* coniugi, sino a quando la necessaria regolamentazione non sarà introdotta dal legislatore in attuazione dei principi formulati dal giudice costituzionale in tema di tutela della relazione qualificata tra persone in precedenza unite in matrimonio intenzionate a mantenere ferma la loro unione, seppure in altra forma.

Secondo la sentenza che si commenta, la decisione costituzionale imporrebbe al giudice ordinario un immediato adeguamento al principio inderogabile da essa affermato: "Nella specie tale adeguamento, alla luce del chiaro dispositivo della sentenza della Corte costituzionale, non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione *fino a che* il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo" (corsivo non testuale).

Il dispositivo della sentenza di legittimità è preceduto dalla precisazione secondo la quale "la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è ... sottoposta a condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata dalla sentenza" (della Corte costituzionale).

La Corte di cassazione pare aver inteso la sentenza n. 170 come dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, *anche* nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione (che non ha effetto retroattivo) provoca lo scioglimento del matrimonio, in assenza di una disciplina volta a garantire la prosecuzione della convivenza di cui si tratta nelle forme indicate, quasi a prefigurare una sorta d'illegittimità transitoria, evocativa dell'ipotesi, suscettibile di verificarsi a séguito dell'adempimento legislativo sollecitato, di "costituzionalità sopravvenuta" di una disciplina in precedenza dichiarata illegittima<sup>3</sup>.

1 È opportuno riportare il dispositivo della citata sentenza Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170, che ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore".

Il citato art. 4 è stato poi sostituito dall'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*, oggetto, nel secondo capo del dispositivo, di una dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale.

2 Si tratta di una lettura larga misura, ma non del tutto, inaspettata, avendo la Cassazione nella sostanza accolto la soluzione proposta da B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014, alla quale ha aderito G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

3 Si allude alla vicenda, concernente la decorrenza del termine di prescrizione dei crediti di lavoro in costanza di rapporto, oggetto della sentenza di accoglimento parziale Corte costituzionale 1 giugno 1966, n. 63 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, del Codice civile limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro) e della sentenza della Corte costituzionale 12 dicembre 1972, n. 174 nella quale invece si esclude la sospensione del termine di prescrizione a séguito di alcune "innovazioni legislative" tra le quali, in particolare, l'entrata in vigore nel 1970 dello statuto dei lavoratori.

La Corte di cassazione adotta una soluzione idonea a tutelare i diritti costituzionali delle ricorrenti, in attesa dell'intervento del legislatore, attraverso un modello di ragionevole composizione dei diversi interessi in gioco già sperimentato in altri ordinamenti<sup>4</sup>.

In queste pagine interessa valutare, dal punto di vista processuale, la conformità di tale soluzione alla sentenza n. 170 del 2014, additiva di principio interpretata dalla dottrina prevalente come rivolta (solo) al legislatore, ma dal giudice di legittimità intesa come altresì diretta, per un verso, a "somministrare"<sup>5</sup> agli organi giurisdizionali principi suscettibili di doverosa applicazione *medio tempore*, in attesa dell'intervento legislativo costituzionalmente imposto<sup>6</sup>; per un altro verso, a rimuovere la previsione della caducazione del vincolo matrimoniale, ritenuta contraria, a legislazione invariata, ai principi desunti dall'art. 2 della Costituzione.

## 2.

Sulle additive di principio, in generale, è sufficiente ricordare che si tratta di pronunce caratterizzate da una formulazione *generica* del dispositivo, che si limita a dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate nella parte in cui non prevedono un meccanismo, un criterio, un congegno normativo — tra quelli che legittimamente, e dunque indifferentemente, dal punto di vista costituzionale, possono ipotizzarsi — di adeguamento, perequazione, garanzia, conforme ai principi costituzionali indicati nella sentenza.

Si tratta di pronunce caratterizzate da un dispositivo generico in considerazione del presupposto, tipico delle additive di principio, costituito dalla pluralità di soluzioni idonee a ristabilire la legittimità costituzionale, tra loro fungibili poiché compatibili con i principi che si tratti di attuare (attraverso l'esercizio di discrezionalità legislativa) in conformità alle indicazioni impartite nella motivazione della sentenza<sup>7</sup>.

Tali decisioni non formulano — secondo la corrente descrizione degli effetti delle sentenze additive — norme precise, *self-executing*, né suggeriscono agli organi giurisdizionali chiamati a dare un séguito alla decisione costituzionale soluzioni integrative univocamente ricavabili dalla Costituzione, o dal sistema legislativo, seppure in termini indeterminati (vale a dire implicanti discrezionalità interpretativa).

Il vantaggio apparente di questa soluzione risiede sia nella possibilità per la Corte di pronunciarsi nel merito del dubbio di costituzionalità evitando la soluzione rinunciataria dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore; sia nell'assenza di immediati innesti normativi, in ipotesi problematici sotto il profilo delle conseguenze pratiche, ad esempio di ordine finanziario (aspetto, quest'ultimo, estraneo al caso in esame).

Le decisioni in discorso sono denominate additive di principio perché nelle stesse vengono formulati, appunto, *principi* destinati a guidare sia il legislatore, nella necessaria attività conseguenziale alla pronuncia, diretta a rimediare all'omissione incostituzionale; sia, *ove possibile*, i giudici comuni, affinché, in attesa dell'intervento legislativo, trovino in sede di integrazione del diritto una soluzione per le controversie loro sottoposte.

Si tratta di una tecnica di giudizio governata da un diritto processuale costituzionale di fonte giurisprudenziale, ancora da ultimo evocato dalla Corte in tema di effetti della dichiarazione d'incostituzionalità, anche con il supporto di espliciti riferimenti comparatistici<sup>8</sup>.

4 La Corte costituzionale, nella sentenza del 11 giugno 2014, n. 170, e la Corte di cassazione, nella sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097, fanno entrambe riferimento alle decisioni della Corte costituzionale austriaca, VfGH 8 giugno 2006, n. 17849, e del Tribunale costituzionale federale tedesco, BVerfG, 1, Senato, ordinanza del 27 maggio 2008, BvL 10/05. È soprattutto in quest'ultima che si affronta nel merito la compatibilità della rettificazione con il perdurare del vincolo matrimoniale, alla luce delle disposizioni costituzionali disciplinanti i diritti fondamentali coinvolti (su questo aspetto si torna più avanti, *sub* 7).

5 Corte costituzionale, sentenza del 26 giugno 1991, n. 295.

6 Sulla distinzione tra sentenze additive di principio suscettibili e non suscettibili di séguito giurisdizionale conforme, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, da ultimo, G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 417 ss.

7 G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, spec. 112 ss.

8 Nella nota sentenza Corte costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10 si legge quanto segue: "la comparazione con altre Corti costituzionali europee — quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese — mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi.

Al di là delle affermazioni della stessa Corte circa l'applicabilità *medio tempore* dei principi somministrati o sulla necessità di attendere l'intervento del legislatore<sup>9</sup>, occorre in ogni caso prendere atto della distinzione, di carattere empirico, tra sentenze additive di principio suscettibili e, rispettivamente, non suscettibili di séguito giurisdizionale conforme.

In effetti, più che dalle indicazioni contenute nella pronuncia in merito ai suoi destinatari e ai suoi effetti, lo sviluppo di un séguito giurisprudenziale conforme ai principi formulati — in attesa dell'intervento legislativo, comunque necessario — dipende dalla concreta possibilità di colmare la lacuna censurata dalla Corte mediante il ricorso al principio, o ai principi, esplicitati dalla sentenza. Nei menzionati *hard cases* l'interprete si misura infatti, per lo più, con lacune tecniche<sup>10</sup>, non essendo in apparenza reperibili in via giurisprudenziale norme, processuali o sostanziali, che in concreto costituiscono altrettante condizioni di effettività o di operatività dei principi formulati dalla sentenza additiva che si tratti di attuare.

Sarebbe infatti necessario elaborare norme — in ipotesi molto articolate e complesse, come quelle necessarie a regolare i rapporti personali e patrimoniali nell'ambito della nuova "forma di convivenza registrata" prefigurata dalla sentenza n. 170 del 2014 — non ricavabili in via interpretativa o di integrazione in assenza di criteri univoci o di principi costituzionali idonei a ricevere applicazione diretta, in materie coperte da riserva di legge o almeno soggette al principio di legalità, dell'amministrazione o della giurisdizione.

### 3.

Con riserva di riconsiderare alcuni passaggi della decisione costituzionale, in queste pagine interessa ripercorrere il *reasoning* articolato nella pronuncia della I Sezione civile.

Occorre anzitutto considerare la delimitazione dell'oggetto della declaratoria d'incostituzionalità.

Secondo la sentenza n. 8097 del 2015, è (non solo l'omessa previsione di un'idonea tutela dei soggetti coinvolti, ma anche) la "regola della caducazione automatica del vincolo matrimoniale per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi" che la Corte costituzionale avrebbe ritenuto illegittima ed "espunto dall'ordinamento mediante pronuncia di accoglimento" (p. 12), almeno "fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo" (p. 16).

Nonostante la qualificazione di "additiva di principio", si legge, "la regola relativa all'eliminazione degli effetti giuridici di protezione dei componenti dell'unione conseguente alla caducazione automatica del vincolo ha cessato di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale (art. 136, primo comma, Cost.)" (p. 13).

In effetti, in dottrina si è argomentata la possibilità di individuare una parte caducatoria, o ablativa, delle decisioni additive, ma — occorre sottolineare — con riferimento alla norma implicita, o inespressa, che esclude quanto previsto dal profilo additivo della pronuncia; mentre la caducazione di ciò che la disposizione impugnata positivamente prevede non consegue a pronunce di tipo additivo, bensì, tipicamente, a decisioni di accoglimento parziale.

È vero che le sentenze additive risultano con queste ultime fungibili quando la sentenza di accoglimento parziale dichiara l'illegittimità della disposizione impugnata nella parte in cui esclude dal suo ambito di applicazione una determinata fattispecie, la cui inclusione potrebbe pure essere imposta dalla Corte con un'additiva.

La sentenza in commento della I Sezione civile, tuttavia, non assume (o non assume solo) l'avvenuta dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione denunciata nella parte in cui (in ipotesi) implicitamente esclude un meccanismo di garanzia (secondo "modalità da statuirsi dal legislatore") idoneo a consentire la prosecuzione in altra forma della relazione tutelata dall'art. 2 della Costituzione; la senten-

Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale" (corsivo non testuale).

9 Al novero delle additive di principio con riserva al legislatore della predisposizione della disciplina costituzionalmente necessaria va ascritta, per alcuni profili di ordine procedurale indicati in motivazione, anche la recente sentenza Corte costituzionale 5 giugno 2015, n. 96 che ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, accertate da apposite strutture pubbliche".

10 R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 133 ss.

za n. 8097 attribuisce infatti alla sentenza n. 170 del 2014 anche un effetto caducatorio della previsione “inclusiva” che non eccettua dall’automatico scioglimento l’ipotesi in cui vi sia, da parte di entrambi i soggetti coinvolti, una richiesta di prosecuzione del rapporto coniugale pur dopo la rettificazione, in assenza e in attesa della necessaria disciplina legislativa.

#### 4.

La descritta interpretazione della sentenza n. 170 del 2014 — volta ad elaborare una soluzione transitoria che eviti il sacrificio dei diritti inviolabili riconosciuti alle ricorrenti dalla Corte costituzionale — non sembra coerente con la “grammatica” delle pronunce d’incostituzionalità di tipo manipolativo, elaborata dalla giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo, non pare possibile intendere la decisione costituzionale alla stregua di una sentenza di accoglimento parziale dichiarativa dell’incostituzionalità dell’art. 4 della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui prevede, pur a fronte della richiesta di conservazione del vincolo, l’automatico scioglimento del matrimonio in assenza di una disciplina idonea a tutelare i diritti della coppia non più eterosessuale (necessaria per evitare “il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione ... di massima indeterminatezza”, come si legge al punto 5.6 del Considerato in diritto della sentenza n. 170 del 2014).

In base alla formulazione del dispositivo, l’oggetto della declaratoria d’illegittimità costituzionale può essere individuato nell’omissione legislativa censurata o, secondo una diversa prospettiva, nella norma implicita (*rectius*: inespressa) di esclusione del meccanismo legislativo idoneo a consentire, ove entrambi i coniugi lo richiedano, “di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima”<sup>11</sup>.

In secondo luogo, nella sentenza n. 170 del 2014 si precisa che “non è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti dello stesso sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.”.

Si tratta di un ulteriore elemento attestante la difficoltà di annettere alla sentenza effetti caducatori della previsione dello scioglimento (“poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti dello stesso sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.”); anche se, a rigore, tale affermazione si riferisce all’ipotesi del “divorzio a domanda” come soluzione a regime, mentre nel caso in esame si tratterebbe di una soluzione diversa, di natura provvisoria, per evitare “il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione ... di massima indeterminatezza”, posto che la possibilità di agire per l’accertamento di singoli diritti costituisce un rimedio non adeguato nel caso di specie<sup>12</sup>.

Il ricorso alla motivazione per delimitare gli effetti della decisione di accoglimento ripropone il tema della cogenza delle indicazioni contenute nella motivazione delle sentenze costituzionali ed anche nelle parti del dispositivo di accoglimento ulteriori, per così dire, al contenuto necessario risultante dall’art. 136, primo comma, Cost. e dall’art. 30 della legge n. 87 del 1953.

È opinione diffusa (ma non scontata) che la motivazione, pur in assenza di esplicito rinvio, costituisca un fondamentale parametro per la delimitazione e la precisazione della portata e degli effetti della decisione di accoglimento, sebbene questi ultimi dipendano anzitutto da una disciplina di fonte costituzionale e legislativa che fa riferimento alla *dichiarazione* d’illegittimità costituzionale, che ha sede nel dispositivo<sup>13</sup>.

11 Non è possibile riprendere in queste pagine la questione della corretta individuazione dell’oggetto delle sentenze additive di principio, sulla quale mi sono soffermato in altra sede (in particolare, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, *ivi*, pp. 122 ss.).

12 La situazione delle ricorrenti, si legge nella sentenza della Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170, non è “semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all’interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili”.

13 La dichiarazione d’incostituzionalità costituisce un elemento della fattispecie delineata dall’art. 136 Cost. e dall’art. 30 della l. n. 87/1953, cosicché la perdita di efficacia e l’obbligo di non applicazione della norma dichiarata incostituzionale intervengono non già direttamente ad opera della pronuncia della Corte, bensì, in conseguenza dell’accertamento operato con la pronuncia di accoglimento, rispettivamente *ope constitutionis* e *ope legis*. Su questo tema, da ultimo, anche per i necessari riferimenti dottrinali, G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 380.



Nondimeno, pur in assenza di previsioni costituzionali o legislative dalle quali — come accade in altri ordinamenti — desumere, più o meno direttamente, il valore vincolante della motivazione (nella sua interezza, o almeno nelle parti contenenti la *ratio decidendi* o i *tragende Gründe*)<sup>14</sup>, in casi importanti, ancora da ultimo, la Corte costituzionale ha ritenuto di esplicitare in motivazione puntuali indicazioni sugli effetti dell'accoglimento (come, in particolare, nella sentenza n. 10 del 2015) in conformità alle quali interpretare il dispositivo (indipendentemente dal rinvio operato da quest'ultimo) secondo una prassi diffusa nella giurisprudenza delle principali Corti europee<sup>15</sup>.

Il tema è di evidente delicatezza e non può essere trattato in queste pagine. Gli episodi di apparente scostamento della giurisprudenza comune dalle indicazioni contenute in decisioni d'incostituzionalità relative alla limitazione dei normali effetti temporali o caducatori sono tutto sommato limitati, ma probabilmente sintomatici, come pare di poter dire anche in questo caso, di una necessità di assestamento, o di ulteriore precisazione, degli strumenti decisorii utilizzati.

## 5.

A parte la questione della cogenza di quanto affermato in motivazione dal giudice costituzionale, rispetto alla soluzione adottata dalla Cassazione, rimane il motivo di perplessità relativo al preteso profilo caducatorio della sentenza n. 170 del 2014.

La disciplina degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale riferisce alla norma *dichiarata* costituzionalmente illegittima la cessazione dell'efficacia (art. 136, comma 1, Cost.) e la conseguenza della non applicazione *ex art. 30* della legge n. 87 del 1953.

Il richiamato quadro normativo, nel caso delle sentenze additive, è stabilmente interpretato nella giurisprudenza costituzionale come non implicante la caducazione della disposizione impugnata per ciò che prevede (o nella parte in cui prevede qualcosa).

Rispetto alle additive di prima generazione, a dispositivo "preciso", si assume l'introduzione (o se si preferisce l'esplicitazione) di una norma "autoapplicativa", costituzionalmente imposta e "a rime obbligate", secondo la tradizionale impostazione crisafulliana.

Nel caso delle additive di principio, invece, si esclude un siffatto innesto — in conseguenza della compresenza di una pluralità di soluzioni possibili per superare l'illegittimità costituzionale — e le possibilità di séguito giurisdizionale conforme vanno apprezzate di volta in volta.

Come si è detto, talune decisioni additive di principi sembrano rivolte solo al legislatore, anche in assenza di esplicite riserve contenute nella motivazione o nel dispositivo della pronuncia, risultando difficile il loro immediato utilizzo in sede giudiziaria ed evidenziando, di fatto, il séguito giurisdizionale delle stesse una sostanziale incapacità di esprimere soluzioni applicative conformi ai principi indicati dalla Corte costituzionale.

In tali casi e in quelli nei quali, come nella sentenza n. 170 del 2014, è la stessa additiva di principio a presentarsi come indirizzata solo al legislatore, la pronuncia appare meramente dichiarativa dell'incostituzionalità di omissioni legislative e pertanto, si è osservato da parte di alcuni, non in linea con l'art. 136 Cost. e con l'art. 30 della l. n. 87/1953, che postulano l'annullamento di una norma legislativa come normale, anzi necessario, effetto della dichiarazione d'incostituzionalità<sup>16</sup>; né, d'altro canto, in armonia con l'incidentalità e la concretezza del giudizio costituzionale, che postulano la caducazione di una norma applicabile nel giudizio *a quo*<sup>17</sup>.

14 Cfr., per quanto riguarda la disciplina del processo costituzionale tedesco, il § 31 BVerfGG; per quanto riguarda la Spagna, l'art. 164, comma 1, della Costituzione, gli artt. 38, comma 1, e 40 LOTC, l'art. 6, comma 1, c.c.; per quanto riguarda la Francia, l'art. 62 (secondo, prima della revisione del 2008, ora) comma 3, Cost.

15 Riferimenti in G. Parodi, *Gli effetti nel tempo della decisione d'incostituzionalità: profili di comparazione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 528 ss.

16 Con varietà di approcci, A. Celotto, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, F. Modugno (a cura di), I, I "vincoli" alla funzione legislativa, Milano, 1999, pp. 160 ss.; P. Falzea, *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e séguito giurisprudenziale. Natura, limiti e séguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 64 ss.

17 R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Il Foro italiano*, 2014.

Si è ricordato come tale duplice requisito sia da una parte della dottrina ritenuto soddisfatto in considerazione della configurabilità dell'additiva come decisione diretta, attraverso la sua parte ablatoria, a caducare una norma implicita di esclusione.

Nel caso delle additive di principio, tuttavia, non sempre è agevole individuare l'oggetto dell'annullamento in una norma di esclusione. Non si tratta infatti, di regola, di esclusioni accreditabili come implicite nella disposizione impugnata, cioè ricavabili argomentando *a contrario* a partire da quest'ultima; bensì, piuttosto, di norme inesprese e, in ultima analisi, apocrife<sup>18</sup>, come nel caso della sentenza n. 170 del 2014, posto che, com'è ovvio, le disposizioni denunciate non contengono alcun implicito riferimento alla disciplina di "un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima", né ad esse può essere imputata l'esclusione implicita di tale inedito istituto.

Rimane aperto dunque il problema relativo alla necessità di armonizzare la prassi delle additive di principio "meramente dichiarative" con gli articoli 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953, che postulano, rispettivamente, la cessazione dell'efficacia e l'obbligo di disapplicazione della norma dichiarata incostituzionale, giacché non è sempre possibile imputare fondatamente alle disposizioni impugnate una norma implicita di esclusione di quanto ritenuto costituzionalmente imposto dalla parte additiva della sentenza, ciò che appare particolarmente arduo quando l'omissione incostituzionale si presenti come "assoluta"<sup>19</sup> e non suscettibile di essere colmata applicando i principi formulati nell'additiva<sup>20</sup>.

La rilevata difficoltà non sembra tuttavia idonea a giustificare una rilettura della sentenza n. 170 del 2014 volta a individuare l'oggetto della declaratoria d'incostituzionalità nell'art. 4 della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui *prevede* che la sentenza di rettificazione di sesso provoca lo scioglimento del matrimonio nonostante il contrario avviso di entrambi i soggetti interessati. A ciò osta la formulazione del dispositivo, che non è di accoglimento parziale, peraltro in difformità dal *petitum* dell'ordinanza di rimessione, testualmente riportato nella parte in fatto della decisione costituzionale<sup>21</sup> ma disatteso dalla Corte, che da esso si è discostata confermando come il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non escluda, nel sindacato in via incidentale, il potere della Corte di precisare, se non di riformulare, il *thema decidendum*<sup>22</sup>.

## 6.

Nella sentenza della Corte di cassazione si legge che, se si fosse solo trattato di indicare al legislatore una necessità costituzionale di adeguamento, sarebbe stata sufficiente una "sentenza monito, conforme alla pronuncia n. 138 del 2010, con un dispositivo di rigetto".

Secondo la Cassazione, nella sentenza n. 170, il giudice costituzionale ha "ritenuto che il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale nel sistema di vuoto normativo attuale fosse produttivo di effetti costituzionalmente incompatibili con la protezione che l'unione conseguente alla rettificazione di sesso di uno dei componenti deve, per obbligo costituzionale, conservare ex art. 2 Cost.". Di qui la conclusione secondo la quale la decisione costituzionale sarebbe "autoapplicativa e non dichiarativa".

18 R. Guastini, *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 262, peraltro con riferimento alla generalità delle sentenze additive.

19 A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online, Studi*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014.

20 Sul tema, da ultimo, C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2013, pp. 137 ss.

21 Sotto il profilo che ora interessa, la Corte di cassazione, come si legge nella parte in fatto della sentenza Corte cost. n. 170/2014, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale "dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982 [Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso], nella formulazione anteriore all'abrogazione intervenuta per effetto dell'art. 36 del d.lgs. n. 150 del 2011 [...], nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca l'automatica cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale" (corsivo non testuale).

22 Riferimenti in G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, ivi, 113 ss.

Si tratta di una conclusione difficilmente condivisibile, giacché, come si è detto, la sentenza n. 170 del 2014 non dichiara l'incostituzionalità dell'art. 4 della legge del 1982 nella parte in cui prevede qualcosa (l'automatico scioglimento); né il meccanismo delineato in alcuni suoi elementi dalla Corte costituzionale nella motivazione e nel dispositivo della sentenza appare suscettibile di precisazione in sede giurisprudenziale, sia per la riserva al legislatore, affermata dal giudice costituzionale, sia, soprattutto, per la difficoltà di creazione pretoria di una compiuta e articolata disciplina processuale e sostanziale della complessa correlazione di diritti ed obblighi, personali e patrimoniali, nell'ambito della prefigurata forma di convivenza registrata, applicabile in attesa dell'adeguamento legislativo.

Tale difficoltà appare un ostacolo non trascurabile, sebbene non manchino nella giurisprudenza di legittimità importanti precedenti diretti a disciplinare in modo articolato e autosufficiente fattispecie connotate da particolare delicatezza e complessità, sprovviste di un'apposita disciplina legislativa<sup>23</sup>.

Un'ulteriore chiave di lettura del pari inadeguata è quella che riconduce la decisione costituzionale all'ipotesi dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, ritenendo possibile ravvisare quanto meno in motivazione l'accertamento dell'illegittimità, non dichiarata nel dispositivo, della previsione dell'automatico scioglimento del vincolo matrimoniale a legislazione invariata, nonostante l'affermazione relativa al carattere ostativo dell'art. 29 della Costituzione.

Nella sentenza n. 170 del 2014 il menzionato parametro costituzionale pare costituire un impedimento assoluto, sebbene nella sentenza n. 138 del 2010 lo stesso sia stato inteso, piuttosto, come non idoneo a imporre il riconoscimento di un diritto costituzionale a contrarre un *same sex marriage*, con conseguente infondatezza della questione sollevata in riferimento ad esso, senza ulteriori ed esplicite indicazioni preclusive (pronunciandosi la Corte costituzionale, in quel caso, nei limiti dell'impugnazione) in ordine alla possibilità di un successivo riconoscimento sul piano legislativo ordinario.

In ogni caso, che si tratti della caducazione di una norma inespressa di esclusione, o della mera dichiarazione d'incostituzionalità di un'omissione legislativa, nell'oggetto della declaratoria d'illegittimità costituzionale non pare ricompresa la previsione dell'automatico scioglimento (e ciò, come si è detto, al di là del *petitum* contenuto nell'ordinanza di rimessione).

La sentenza n. 170 va ascritta al novero delle additive di principio che appaiono meramente dichiarative in quanto — anche indipendentemente dalle indicazioni esplicitate nella sentenza e per i motivi ostativi poc'anzi menzionati — risultano non suscettibili, o difficilmente suscettibili, di séguito giurisprudenziale conforme ai principi enunciati nella motivazione della sentenza, se non per il tramite di un séguito integrativo dell'ordinamento lacunoso di segno accentuatamente creativo<sup>24</sup>.

D'altro canto, benché inappagante sul piano della tutela sostanziale, una pronuncia meramente dichiarativa non può ritenersi assimilabile a una decisione d'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, o di rigetto con monito, poiché essa accerta pur sempre, e dichiara, l'illegittimità costituzionale di un'omissione legislativa, con affermazione di un corrispondente obbligo di adeguamento in capo al legislatore<sup>25</sup>.

In una diversa prospettiva, al di là del suggestivo (e, vista la fonte, non trascurabile) riferimento a rimedi risarcitori nei confronti del legislatore inadempiente<sup>26</sup>, peraltro non praticabili al di fuori del campo di applicazione del diritto dell'Unione europea, e benché si tratti, comunque, di una sentenza d'incostituzionalità pronunciata in luogo di una soluzione processuale o meramente monitoria, si deve constatare che anche il caso in esame avvalora il ricorrente rilievo circa l'inadeguatezza della tecnica di

23 Si pensi, per fare un esempio pertinente alla disciplina delle persone e dei rapporti familiari, alla nota sentenza della Corte di cassazione, prima sezione civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, basata sulla premessa secondo la quale "pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali".

24 Più ampiamente su questo aspetto, volendo, G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., pp. 180 ss.; Id., *Séguito giurisprudenziale delle decisioni costituzionali interpretative e additive di principio ed elementi di "diffusione" nel controllo di costituzionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, 821 ss. Cfr. inoltre A. Guazzarotti, *L'autoapplicatività delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, pp. 3435 ss.; Id., *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 90 ss., 136 ss.

25 A proposito dell'effetto non cassatorio ma obbligatorio delle decisioni d'incompatibilità del Tribunale costituzionale federale tedesco si ragiona di obbligo di adeguamento, o di riforma (*Nachbesserungspflicht*), sul quale cfr. K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C. H. Beck, 2012, pp. 295 ss. e, anche per una comparazione con la prassi italiana, G. Cerrina Feroni, *Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 297 ss.

26 Si legge in Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097: "l'assenza di tale disciplina potrebbe al massimo prefigurare una sorta di responsabilità statutale analoga a quella relativa alla mancata o tardiva attuazione delle Direttive dell'Unione europea".

decisione meramente dichiarativa rispetto alle esigenze di tutela nell'ambito di un giudizio che rimane di natura incidentale (al di là delle ipotesi eccezionali nelle quali la sentenza di accoglimento risulta influente rispetto alla definizione del giudizio *a quo*<sup>27</sup>).

## 7.

La decisione della Corte di cassazione ripropone la dibattuta questione relativa all'ammissibilità di decisioni di accoglimento incapaci di rimuovere il *vulnus* accertato, specie quando siano in discussione diritti costituzionali.

Nel caso di cui si tratta — nonostante il riconoscimento del dato differenziale costituito dal “pregresso vissuto” basato su un originario vincolo matrimoniale, con conseguente inadeguatezza degli strumenti giurisprudenziali di tutela delle altre forme di convivenza non matrimoniali — la Corte costituzionale non ha ritenuto possibile alcuna, pur limitata e interlocutoria, deroga all'art. 29 Cost., questa volta interpretato, si è detto, come fonte di un divieto assoluto (ciò che pare costituire un rilevante elemento di discontinuità rispetto alla sentenza n. 138 del 2010)<sup>28</sup>.

La sentenza della Cassazione, sotto il profilo dell'adeguatezza della tutela dei diritti costituzionali, solleva questioni note alla giurisprudenza tedesca, nella quale la dichiarazione d'incompatibilità (*Unvereinbarerklärung*), talora, ha efficacia meramente dichiarativa, con perdurante applicabilità (*Weiteranwendung*), eventualmente sino a un termine dato, della disciplina dichiarata incostituzionale; talaltra, specie a tutela dei diritti fondamentali di volta in volta rilevanti, ha effetti di “blocco dell'applicazione” (*Sperrwirkung*), pur senza avere natura propriamente caducatoria<sup>29</sup>.

In questo secondo caso — si tratta da tempo della soluzione normale, dopo un'iniziale prevalenza della perdurante applicazione della disciplina incostituzionale — gli organi giurisdizionali negano applicazione alla disciplina dichiarata incompatibile, in attesa dell'intervento, di norma retroattivo, del legislatore.

Nella decisione del Bundesverfassungsgericht 27 marzo 2008 (1 BvL 10/05), richiamata sia dalla Corte costituzionale sia dalla Corte di cassazione, il giudice costituzionale tedesco affronta un caso per molti versi analogo a quello oggetto della sentenza n. 170 del 2014.

Si trattava di giudicare della legittimità costituzionale del § 8 Abs. 1 Nr. 2 del *Transsexuellengesetz* (TSG), nella parte in cui subordinava il riconoscimento giurisdizionale dell'appartenenza al nuovo genere, a seguito di intervento, anche alla circostanza di non essere il richiedente persona coniugata, con la conseguenza di rendere necessaria la separazione al fine di ottenere il provvedimento giurisdizionale.

Il BVerfG ha ritenuto incostituzionale tale disciplina, nella parte in cui presupponeva, quale condizione necessaria per ottenere il riconoscimento del cambiamento di genere, la separazione dal coniuge, senza che al medesimo fosse consentito di proseguire la sua unione (*Lebensgemeinschaft*) fondata sul matrimonio “in altra forma garantita in pari misura (*gleich gesicherter Form*)”.

Nella motivazione, il Tribunale afferma la necessità che sia assicurata agli *ex* coniugi la possibilità di proseguire il rapporto secondo un assetto giuridicamente regolato sotto il profilo dei reciproci diritti e doveri, quindi come *Verantwortungsgemeinschaft*, secondo modalità — in presenza di più soluzioni possibili indicate nella stessa decisione — rimesse alla discrezionalità del legislatore.

Il dispositivo chiarisce pertanto che l'incostituzionalità della disposizione impugnata non può portare alla nullità (*Nichtigkeit*), ma conduce all'incompatibilità (*Unvereinbarkeit*) della stessa con l'articolo 2, comma 1, in connessione con l'articolo 1, comma 1, e con l'articolo 6, comma 1, GG<sup>30</sup>, aggiungendo che, in considerazione dei gravi pregiudizi che subisce una persona transessuale a causa del diniego del riconoscimento della nuova appartenenza di genere, la disciplina incompatibile (che condiziona il

27 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 3 giugno 1983, n. 148, da ultimo richiamata dalla sentenza Corte costituzionale, sentenza del 25 febbraio 2014, n. 32.

28 In tal senso anche F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2014. In argomento, da ultimo, I. Rivera, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015.

29 K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, cit., pp. 291 ss.

30 Si tratta, rispettivamente, del diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità (art. 2, comma 1); dell'intangibilità della dignità della persona (art. 1, comma 1); della disposizione (art. 6, comma 1) secondo la quale “il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale”.



riconoscimento di tale nuovo *status* alla previa separazione) è dichiarata non applicabile sino all'entrata in vigore della necessaria regolamentazione legislativa.

## 8.

La decisione della Corte di cassazione ricorda l'esperienza tedesca laddove teorizza l'inapplicabilità della previsione della dissoluzione automatica del vincolo matrimoniale fino all'entrata in vigore della legge destinata ad attuare i principi formulati nella sentenza n. 170 del 2014.

Non è tuttavia per il resto riconducibile alla soluzione processuale tedesca, giacché il blocco dell'applicazione affermato dalla sentenza della Corte di cassazione riguarda una disposizione — quella sullo scioglimento automatico — che non è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, neppure in via interlocutoria, anche in considerazione dell'assolutezza del divieto desunto dall'art. 29 della Costituzione come interpretato dalla Corte nella sentenza citata, quale espressione di un valore tendenzialmente non "bilanciabile", nonostante la premessa che pure riconosce come la normativa impugnata risolva "un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statuale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio".

L'impugnato art. 4 della legge n. 164 del 1982, infatti, nella parte in cui prevede l'automatico scioglimento senza eccezioni, eventualmente soltanto in via transitoria, la peculiare fattispecie all'origine della questione, viene in sostanza considerato alla stregua di una disposizione legislativa a contenuto costituzionalmente vincolato<sup>31</sup>.

La conclusione sarebbe stata forse diversa se si fosse ritenuto applicabile il principio — ancora di recente ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 2015, richiamando la precedente sentenza n. 85 del 2013 — che impone di considerare l'esigenza, per così dire, di sistema, nell'ambito del giudizio costituzionale, di evitare che "l'illimitata espansione" di uno dei diritti oggetto di bilanciamento (nel caso in esame, "l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio [e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi]") diventi "«tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette".

La vicenda oggetto delle riflessioni proposte in queste pagine, al di là delle sue numerose peculiarità, conferma l'alto grado di discrezionalità esercitata dal giudice costituzionale rispetto allo strumento decisorio di volta in volta ritenuto più appropriato (nel presente caso, decisione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, o additiva di principio); rispetto alle tecniche di giudizio dirette a precisare gli effetti della declaratoria d'incostituzionalità (attraverso la delimitazione del suo oggetto e l'eventuale formulazione, nella motivazione e/o nel dispositivo, di indicazioni circa l'infungibilità dell'intervento legislativo); nelle valutazioni attinenti al principio di proporzionalità in senso stretto (per l'individuazione del punto di equilibrio tra gli interessi costituzionalmente rilevanti oggetto di bilanciamento).

Si tratta di una discrezionalità del giudice delle leggi in qualche misura inevitabile e sperimentata, in grado più o meno accentuato, dalle Corti costituzionali e supreme appartenenti alle tradizioni costituzionali consolidate. La prassi della discrezionale modulazione (*Tenorierung*, volendo evocare un termine tecnicizzato dalla dottrina tedesca) dei dispositivi d'incostituzionalità pone in evidenza l'ovvia necessità di un'esauritiva motivazione della decisione costituzionale, anche al fine di agevolarne la fruizione da parte dei destinatari<sup>32</sup>.

31 Nella sentenza Corte costituzionale, 23 maggio 1985, n. 161, dichiarando inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 164/1982, pure in quel caso sollevata dalla Corte di cassazione, la Corte costituzionale aveva già incidentalmente affermato, anche con riferimento al successivo art. 4, che il legislatore si era limitato "a disciplinare gli effetti giuridici di una situazione di fatto preesistente, che impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso" (punto 12 del Considerato in diritto; corsivo non testuale).

32 Anche altre pronunce recenti hanno posto in primo piano tale esigenza, come emerso a séguito delle sentenze Corte costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10 e Corte costituzionale, 30 aprile 2015, n. 70, in qualche misura caratterizzate da incertezze nel séguito giurisprudenziale. Per quanto riguarda il séguito della citata sentenza n. 10 del 2015, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della disciplina impugnata solo *ex nunc*, si segnala la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15, che ha inteso la pronuncia della Corte costituzionale come dotata nel giudizio *a quo* dei normali effetti *pro praeterito*. In argomento A. Morelli, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il séguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015. Per quanto riguarda la sentenza Corte costituzionale, 30 aprile

---

2015, n. 70, appare alquanto controverso anche il séguito legislativo, costituito dal D.L. 21 maggio 2015, n. 65, *Disposizioni urgenti in materia di pensioni, di ammortizzatori sociali e di garanzie TFR*.

**Roberto Romboli\***

## **La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell’auspicato intervento del legislatore**

### **Abstract**

Rispondendo alle domande proposte dalla Redazione, l’A. inquadra il tema sottolineando criticamente alcuni aspetti della decisione 170/2014 che hanno causato problemi applicativi al giudice *a quo*, ma anche con riferimento al problema dei limiti all’attività creativa del giudice, e giunge alla conclusione che l’intervento della Cassazione parrebbe essere andato oltre i limiti consentiti alla “creazione” di diritto da parte del giudice: sia in quanto opera una scelta (relativa ad una disciplina dell’intero *status* della coppia unita in matrimonio, in cui uno dei coniugi proceda ad un mutamento di sesso) che parrebbe doversi ritenere riservata al legislatore, sia perché crea un nuovo istituto, “il matrimonio a termine”, che pure sembrerebbe non spettare all’autorità giudiziaria. Osserva anche che la Cassazione continua a proporre una lettura non pacifica della giurisprudenza costituzionale, intendendo l’art. 29 Cost. come “permissivo” della scelta del legislatore di introdurre o meno in Italia il matrimonio omosessuale.

*Responding to the questions made by the Editorial Board, the A. analyses the constitutional decision 170/2014, emphasising some critical aspects which caused problems while interpreting it in court and raised some doubts about the limits of the creative activity of the judiciary. The A. concludes that the Court of Cassation seems to have gone beyond these limits, both because it makes a choice (on the matter of the whole status of a married couple, in which one of the spouses undergoes a sex reassignment surgery) which seems to belong to the lawmaker, and because it creates a new institution, “a terminable marriage contract”, which also does not seem to be within the power of the judiciary. The author also notes that the Supreme Court continues to offer a debatable reading of the constitutional jurisprudence, interpreting the art. 29 of the Constitution as “permissive” of the lawmaker’s decision whether to introduce or not the same-sex marriage in Italy.*

### **1. Risposta alle domande 1, 2, 4 e 7**

Una caratteristica della sent. n. 170 del 2014, in tema di c.d. divorzio imposto, era stata senza dubbio quella di aver suscitato in dottrina un interessante dibattito in ordine al “seguito” della, per più versi anomala, dichiarazione di incostituzionalità in essa contenuta.

Le indicazioni per il giudice *a quo* provenienti dai commentatori, sono state infatti assai diversificate e quindi naturale l’attesa per la pronuncia della Cassazione che, riassunto il giudizio dopo la pronuncia del Giudice delle leggi, ha finalmente deciso sul caso concreto.

Le due pronunce, quella della Corte costituzionale e quella della Cassazione, risultano pertanto strettamente connesse per cui, senza ripetere quanto ho già avuto modo di scrivere a proposito della pri-

ma<sup>1</sup>, per rispondere al primo blocco di domande ritengo necessario riprendere in sintesi alcuni aspetti della decisione del 2014, che hanno all'evidenza causato problemi applicativi al giudice *a quo*.

Innanzitutto la mancata valorizzazione della specificità del caso. L'andamento della motivazione della sent. n. 170 oscilla tra riferimenti specifici al caso concreto, del tutto particolare — di persona sposata che, successivamente, decide di cambiare sesso e di procedere quindi alla rettificazione degli atti di stato civile — e inquadramento della questione di costituzionalità sollevata nell'ambito della più generale problematica del matrimonio delle coppie dello stesso sesso, già affrontato quattro anni prima (sent. 138/2010).

In una prima parte infatti viene sottolineata la particolarità che pone il caso fuori dal modello matrimoniale e che non può equipararsi all'unione di persone dello stesso sesso.

Subito dopo però la richiesta dei coniugi in discorso che chiedono di poter proseguire, anche dopo la rettificazione, la loro vita comune di coppia, viene inquadrata e parificata ad una di quelle situazioni "specifiche" e "particolari" riguardanti le coppie dello stesso sesso, per le quali la Corte aveva assicurato, nel 2010, di poter intervenire per valutare l'adeguatezza e la proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.

Ed al fine di far rientrare la situazione *de qua* nelle formazioni sociali garantite dalla Costituzione, richiama di nuovo quanto affermato a proposito delle coppie omosessuali (come forme di comunità, connotate da stabile convivenza tra due persone, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione).

Nella parte finale della decisione e nel dispositivo (sul quale tornerò tra un attimo) la Corte viene invece di nuovo a riferirsi al caso da cui la questione ha preso le mosse, per escludere di poter sostituire un divorzio automatico con un divorzio a domanda, in quanto ciò renderebbe possibile un rapporto matrimoniale contrario alla previsione dell'art. 29 Cost.

La decisione della Corte costituzionale avrebbe, a mio avviso, potuto essere più lineare e comprensibile, se questa avesse valorizzato le specificità del caso, senza voler ricomprendere lo stesso nel più vasto tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>2</sup>.

La Corte sembra infatti non aver adeguatamente colto la sostanziale differenza tra le due situazioni, la persona regolarmente sposata la quale ritiene, per le ragioni e sulla base dei presupposti previsti dalla legge del 1982, di cambiare sesso, non significa affatto che nella sua vita affettiva successiva debba essere omosessuale, potendo ovviamente essere attratto da persone dell'altro sesso (rispetto a quello acquisito). Come rileva la stessa Corte costituzionale "a colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resta impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica".

Né le ragioni per le quali due coniugi, di cui uno ha cambiato sesso, decidano di non voler divorziare possono essere ridotte all'esistenza di un rapporto affettivo paraconiugale, potendo essere anche altre e di diversa natura<sup>3</sup>.

Qualora le due situazioni fossero state tenute distinte, la soluzione sarebbe potuta essere simile a quella della Corte federale tedesca del 2008, pure citata dalla nostra Corte.

In quel caso infatti la legge che escludeva la possibilità di richiedere il mutamento di sesso alle persone unite in matrimonio è stata dichiarata incostituzionale, pur ribadendo che la Costituzione richiede la differenza di sesso ai fini del matrimonio. La Corte tedesca ha infatti valorizzato le particolarità del caso, tanto da non ritenere derogato il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso e, nonostante che già dal 2001 esistesse una legge sulle unioni civili, essa non ha fatto rinvio alla medesima ma, proprio ritenendo la situazione del tutto diversa da quella delle coppie omosessuali, ha chiesto al legislatore di intervenire a dettare una disciplina *ad hoc*<sup>4</sup>.

\* Ordinario di diritto costituzionale, Università di Pisa.

1 R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro italiano*, 2014, I 2680 ss..

2 In senso analogo, anche A. D'Aloia, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità "per mancanza di alternative"*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 672 ss.

3 V. le osservazioni di S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro italiano*, 2014, I, 2685 ss.

4 M.M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)



Le specificità dell'ipotesi in questione, che valgono a distinguerla da quella delle coppie dello stesso sesso, determinano la infondatezza dei dubbi di costituzionalità che alcuni hanno sollevato per disparità di trattamento tra le stesse<sup>5</sup>.

Un secondo dato da sottolineare, il quale pure ha determinato difficoltà nella applicazione della dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 170, è rappresentato dal fatto che la lettura della stessa mostra in maniera abbastanza evidente che la Corte costituzionale ha affrontato e risolto due differenti questioni.

La prima relativa alla legittimità costituzionale della disposizione che prevede, in caso di mutamento di sesso e di rettificazione degli atti di stato civile, l'automatico scioglimento del matrimonio.

La seconda riguardante invece la situazione, in varie occasioni denunciata dalla Corte (e richiamata specificamente dal presidente Gallo nella annuale conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 2012), di lacuna normativa in ordine ad una disciplina delle unioni civili, tale da garantire il "diritto fondamentale" ad una vita di coppia anche per le coppie del medesimo sesso<sup>6</sup>.

La prima questione è stata dichiarata, implicitamente ma non troppo, infondata, definendo la norma in esame addirittura come costituzionalmente necessaria, mentre la seconda è stata accolta, attraverso una pronuncia additiva di principio, la cui caratteristica, come già ho avuto modo di sostenere (*La legittimità costituzionale del "divorzio imposto"* cit.), è quella di essere priva della "necessaria" parte demotivatoria di una norma e di rivolgersi ad una pura e semplice omissione del legislatore, non direttamente collegata alle disposizioni dichiarate incostituzionali.

Dell'anomalo dispositivo della sent. n. 170 ("dichiara l'illegittimità costituzionale degli art. 2 e 4 l. 164/1982, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore", corsivi aggiunti) vale la pena di sottolineare due aspetti.

Il primo concernente l'affermazione secondo cui la sentenza di rettificazione provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili, per cui nessun dubbio la Corte di cassazione avrebbe dovuto nutrire in proposito.

Il secondo è che, a differenza di quanto accaduto in molte circostanze anche recenti, in questo caso la Corte costituzionale non fa alcun riferimento all'attività del giudice allo scopo di individuare le regole di convivenza registrata, tali da tutelare adeguatamente i diritti della coppia.

Spesso infatti proprio la Corte costituzionale ha espressamente invitato il giudice, in una situazione di vuoto o di lacuna normativa ed in attesa dell'intervento del legislatore, a trovare una soluzione, sulla base dei principi generali, per il caso concreto.

Ciò non avviene in questa occasione, nella quale la Corte afferma che "la disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore", il quale è l'unico richiamato nel dispositivo. Anche di questo forse la Cassazione avrebbe dovuto tenere di conto.

A fronte di qualche giudizio fortemente positivo di chi ha sostenuto che, dopo la sentenza della Cassazione in esame, chi si oppone ad una legge sulle unioni civili sa che ciò non è di ostacolo alla introduzione ed alla permanenza in Italia di matrimoni tra persone dello stesso sesso<sup>7</sup>, diversi sono stati i giudizi negativi espressi da quanti hanno definito la pronuncia come un non condivisibile "scatto in avanti"

5 V. Baldini, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Diritti fondamentali*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); R. Cataldo, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in AIC, *Osservatorio costituzionale*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2014, la quale rileva una possibile ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il mutamento di sesso e la conseguente rettifica avvengano prima o dopo del matrimonio.

6 A. Ruggeri, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e...impossibile? (A prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015, parla in proposito di una "doppia pronuncia".

7 M. Gattuso, *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015.

rispetto alla sentenza della Corte costituzionale<sup>8</sup>, come un “seguito infedele” della stessa<sup>9</sup> o come decisione che “non può essere condivisa né nella motivazione, né, tanto meno, nelle sue conclusioni”<sup>10</sup>.

La procura generale aveva sostenuto che la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale una norma inesistente.

La Cassazione non ha ritenuto di poter accogliere questa impostazione, procedendo ad una espressa confutazione della medesima.

La norma dichiarata incostituzionale sarebbe infatti riconducibile proprio alla disposizione relativa al c.d. divorzio imposto, la quale determinerebbe per la coppia una situazione di massima indeterminazione e carenza assoluta di protezione. Proprio questa situazione sarebbe l’oggetto della dichiarazione di incostituzionalità, che verrebbe così espunto dall’ordinamento.

La incostituzionalità quindi non avrebbe colpito una norma mancante, anche se poi si afferma che il meccanismo di caducazione automatica del matrimonio produrrebbe effetti incostituzionali, solo perché in presenza di “un vuoto normativo attuale”.

Sulla base quindi di tali considerazioni la dichiarazione di incostituzionalità è ritenuta pronuncia a carattere autoapplicativo e tale da determinare la inapplicabilità delle norme stesse a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla *Gazzetta ufficiale*.

La quasi ovvia conseguenza dovrebbe pertanto essere quella per cui a seguito della dichiarazione di incostituzionalità la sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi non determina lo scioglimento del matrimonio, fintanto che il legislatore non interverrà ad eliminare l’effetto incostituzionale derivante dalle disposizioni dichiarate incostituzionali.

Tale soluzione discutibile, ma chiara, non pare essere quella seguita dalla Cassazione, la quale evidentemente si accorge che finirebbe così per giustificare, seppure in via transitoria e temporanea, un matrimonio tra persone del medesimo sesso.

La via seguita è infatti quella di escludere il permanere in vita del matrimonio e di “creare” in via giurisprudenziale quella disciplina che il legislatore finora non ha approvato, individuandola in quella che regola i rapporti tra coniugi uniti in matrimonio.

Solo così infatti si può spiegare l’affermazione per cui la Cassazione, in attesa dell’intervento del legislatore che valga a riempire il “vuoto normativo”, deve trovare la regola per il caso concreto.

Di fronte ad una sentenza di incostituzionalità autoapplicativa che esclude, al momento, lo scioglimento del matrimonio, pare evidente che il rapporto tra coniugi continua ad essere regolato dalle stesse disposizioni sul matrimonio: perché mai la Cassazione dovrebbe andare a trovare altrove la regola del caso concreto?

Tale lettura parrebbe trovare una conferma nell’affermazione finale secondo cui ai coniugi (o ex coniugi) vengono riconosciuti “solo” i diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto e “la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale”.

La norma, ricavata dalle disposizioni impugnate, dichiarata incostituzionale non sarebbe pertanto quella per cui il mutamento di sesso di uno dei coniugi determina lo scioglimento automatico del matrimonio — la quale risulterebbe pertanto sicuramente applicabile — bensì quella relativa alla mancanza di qualsiasi tutela per la coppia, stante il vuoto normativo.

Il matrimonio pertanto, nella specie, risulta sciolto e la soluzione alla dichiarazione di incostituzionalità viene individuata nel riconoscimento alla coppia dello stesso *status* proprio dei coniugi uniti in matrimonio, fintanto che il legislatore non provvederà a dettare una specifica disciplina per il caso. Uno *status* giuridico definito recentemente del tutto eccentrico da I. Rivera<sup>11</sup>, la quale però ritiene che la Cassazione riconosca la validità del vincolo matrimoniale, pur circoscrivendone i confini alla condizione contingente.

Ritenere diversamente che il matrimonio rimane valido ed è sottoposto alla clausola risolutiva dell’intervento del legislatore che solo produrrebbe lo scioglimento del matrimonio, facendo venir meno la ragione di incostituzionalità delle norme impugnate, equivarrebbe a sostenere che lo scioglimento del matrimonio dovrebbe avvenire sulla base delle norme dichiarate incostituzionali, ma che, a seguito dell’intervento del legislatore, subirebbero un “effetto Lazzaro”, tornando miracolosamente in vigore.

L’effetto di incostituzionalità in questo caso deriverebbe infatti proprio dal previsto scioglimento automatico che, dichiarato incostituzionale, non sarebbe applicabile, dal giorno successivo alla pub-

8 V. Baldini, *Riflessioni a caldo* cit.

9 A. Ruggeri, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale* cit.

10 G. Finocchiaro, *Un’evidente discrasia tra motivazione e dispositivo*, in *Guida al diritto*, 21 maggio 2015, n. 21, 56.

11 I. Rivera, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015, II, 479.

blicazione della decisione sulla *Gazzetta ufficiale*, ma che, a seguito dell'approvazione di una disciplina delle unioni civili, tornerebbe a svolgere i suoi effetti nel caso di cambiamento di sesso e rettificazione di stato civile di uno dei coniugi.

## 2. Risposta alle domande 3, 5 e 8

L'aspetto relativo ai rapporti tra il diritto politico e quello giurisprudenziale nel riconoscimento e nella tutela dei diritti è assai complesso e difficilmente sintetizzabile in poche righe.

Volendo limitarmi a qualche cenno di ordine generale, valido ovviamente per il caso di specie, partirei dall'affermazione per cui, essendo l'esistenza di un diritto giurisprudenziale attualmente scontata, il problema è quello di individuare i limiti all'attività "creativa" del giudice.

La stessa Corte costituzionale — la quale, come detto, ha negli ultimi anni alquanto valorizzato l'intervento del giudice anche allo scopo di trovare nell'ordinamento una soluzione al caso concreto, allorché vi sia una apparente lacuna normativa — proprio nella pronuncia sul matrimonio omosessuale ha sostenuto che, nell'interpretare l'art. 29 Cost. e la nozione di matrimonio ivi prevista, non è possibile dare alla stessa certi significati in quanto "non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa", evidentemente non consentita.

Tra i limiti che si pongono chiaramente all'attività interpretativa-creativa del giudice sta certamente la necessità del rispetto del testo normativo e delle regole dell'interpretazione, potendo questo intervenire solo su casi e non per stabilire una disciplina di carattere generale, riservata solo all'intervento del legislatore.

D'altra parte è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l'ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale.

Il problema dei limiti all'attività "creativa" dei giudici si pone poi in termini ovviamente diversi allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una qualsiasi disciplina, rispetto all'ipotesi di un suo intervento.

Nel primo caso si deve ulteriormente distinguere a seconda che il diritto di cui si chiede la tutela trovi un fondamento nel testo costituzionale oppure in un testo avente forza di legge.

Nel primo caso, a meno di non vanificare il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale.

Il secondo caso è costituito invece da quelle ipotesi in cui la Costituzione "consente" una certa soluzione e disciplina, ma non la "imponga", lasciando quindi la realizzazione di un determinato diritto alla sfera della decisione politica ed alle regole della maggioranza parlamentare, alla quale spetterà di valutare l'evoluzione dei risultati della scienza medica, dei costumi, della coscienza sociale ecc.

In tal caso risulta altresì evidente come necessariamente più prudente ed attento dovrà essere l'atteggiamento e l'intervento del Giudice costituzionale e dei giudici comuni nei confronti delle scelte (o non scelte) legislative, mentre nel caso in cui la Costituzione "imponga" (e non solo "consenta") la realizzazione di un diritto, la posizione della Corte costituzionale e dei giudici comuni dovrà essere più decisa e condurre, di norma e quando possibile, alla dichiarazione di incostituzionalità della disciplina "nella parte in cui non prevede", nonché alla applicazione diretta della Costituzione da parte dei secondi.

Nel caso di specie l'intervento della Cassazione parrebbe essere andato oltre i limiti consentiti alla "creazione" di diritto da parte del giudice, in quanto viene ad operare una scelta (quella relativa ad una disciplina relativa all'intero *status* della coppia unita in matrimonio, in cui uno dei coniugi proceda ad un mutamento di sesso) che parrebbe doversi ritenere riservata al legislatore ed a creare un nuovo istituto "il matrimonio a termine" che pure sembrerebbe non spettare all'autorità giudiziaria.

In tanto infatti l'attività creativa del giudice non invade la sfera riservata al legislatore, in quanto risponde alla singola domanda relativa al riconoscimento di uno specifico diritto, senza porsi nell'ottica di dettare una disciplina generale.

In questo senso pareva essersi espressa la stessa Corte costituzionale allorché si era dichiarata nella impossibilità di dettare una disciplina che garantisse il diritto fondamentale alla vita di relazione per le coppie omosessuali, specificando però al tempo stesso di poter intervenire allorché le fossero sottoposte specifiche questioni relative a supposte ingiustificate diversità di trattamento.

### 3. Risposta alla domande 6

La domanda relativa a quali indicazioni trarre dal comportamento dell'Avvocatura in rappresentanza del ministero dell'interno la quale si è rimessa "alle determinazioni della Corte" richiama l'analogo problema del mancato intervento del Presidente del consiglio dei ministri davanti alla Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi in via incidentale (in occasione della sent. 170 del 2014 il Presidente si era costituito e pronunciato per l'infondatezza).

Il mancato intervento può derivare da varie ragioni e comunque pare chiaramente indicare una sorta di disinteresse o almeno di neutralità del soggetto politico rispetto alla questione da decidere.

In realtà nel rapporto tra il Presidente del consiglio o il Ministro e l'Avvocatura dello Stato, spesso il comportamento processuale da tenere davanti alla Corte o al giudice è deciso interamente dall'Avvocatura, tanto che in alcuni casi abbiamo assistito ad un evidente e clamoroso contrasto tra la posizione sostenuta davanti alla Corte costituzionale e le decisioni prese poi dal consiglio dei ministri. La vicenda processuale pare infatti sovente giudicata fine a se stessa e poco coordinata con il seguito a livello politico (si pensi ai casi in cui il mancato intervento è dovuto alla convinzione che la legge impugnata sia incostituzionale e poi la questione viene dichiarata inammissibile: nessuna iniziativa viene ciò nonostante presa dal consiglio dei ministri).

La decisione però di intervenire o meno nel processo costituzionale è presa direttamente dall'ufficio legislativo della presidenza del consiglio dei ministri e, riterrei, analogamente dovrebbe essersi verificato anche nel caso di specie, da parte degli uffici del ministero dell'interno, il che dovrebbe avvalorare l'ipotesi della volontà di non prendere, al momento, esplicita posizione in un senso o nell'altro rispetto ad un problema che notoriamente divide le forze politiche e che mostra differenziazioni anche all'interno dello stesso partito politico.

### 4. Risposta alla domanda 8

Non credo si possa ragionevolmente parlare, come pure qualcuno ha fatto, di un conflitto tra le due Corti, anche se indubbiamente, in ordine alla interpretazione dell'art. 29 Cost., la Cassazione pare essere meno legata alla lettura "originalista", seguita dalla Corte costituzionale nel 2010 e poi ribadita nel 2014.

In particolare ricordo come Cass. 15 marzo 2012, n. 4184<sup>12</sup> sostenne che, in considerazione dell'art. 12 Cedu come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la diversità di sesso dei nubendi non può essere ritenuta come requisito minimo indispensabile per la "esistenza" del matrimonio civile ed affermò che la intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro "invalidità", bensì dalla loro "inidoneità" a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano.

In quella occasione la Cassazione fornì una lettura, a dire poco non pacifica, di Corte cost. 138/2010, nel senso che questa avrebbe inteso l'art. 29 Cost. come "permissivo" della scelta del legislatore di introdurre o meno in Italia il matrimonio omosessuale, in linea con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito dell'art. 9 della Cedu.

Nella presente occasione ritengo che, *mutatis mutandis*, la Cassazione sia nuovamente andata oltre le intenzioni della Corte costituzionale, la quale non aveva affatto dichiarato incostituzionale la norma che determinava lo scioglimento automatico del matrimonio in caso di mutamento del sesso di uno dei due coniugi ed infatti aveva espressamente escluso di introdurre, in queste ipotesi, un divorzio a domanda, limitandosi a dichiarare incostituzionale la mera perdurante situazione di vuoto normativo in materia di disciplina delle coppie omosessuali e quindi una pura e semplice omissione del legislatore.

La Corte di cassazione giunge invece, almeno di fatto, ad ottenere proprio quel risultato che la Corte costituzionale inequivocabilmente aveva dichiarato incostituzionale in quanto in violazione dell'art. 29 Cost., allorché aveva escluso l'esistenza di un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio e soprattutto aveva affermato che, nel caso di specie, il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso si sarebbe posto in contrasto con l'art. 29 Cost.

12 Foro italiano, 2012, I, 2727, con nota di R. Romboli.



Antonio Ruggeri\*

## Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale

### Sommario

1. Lo scollamento registratosi tra la pronunzia della Consulta ed il “seguito” non lineare ad essa datovi dalla Cassazione, con una decisione produttiva di effetti in deroga alla Costituzione – 2. Cosa avrebbe potuto o un domani potrebbe farsi al fine di dare congruo svolgimento al principio aggiunto dalla Consulta, a partire dalla sua opportuna “razionalizzazione” con legge costituzionale, e cosa potrebbe fare un giudice che non si riconosca nell’orientamento manifestato dalla Cassazione – 3. La duplice morale consegnataci dalla vicenda definita dalla sentenza n. 8097

### Abstract

Rispondendo alle domande proposte dalla Redazione, l’A. sottolinea la presenza di uno scollamento vistoso tra gli indirizzi delle due Corti, costituzionale e di cassazione, che pure potrebbero convergere nell’effetto di spingere finalmente il legislatore ad adottare una disciplina adeguata alle unioni “para-familiari”, analoga ma non identica a quella riservata dall’art. 29 cost. alla sola unione che possa fregiarsi del titolo di “familiare” (in senso stretto). Osservando che non possono esistere principi dai quali possa trarsi una sola regola, giunge alla conclusione che la Cassazione avrebbe operato una vera e propria revisione della Costituzione introducendo, pur limitatamente ad una fattispecie circoscritta e peculiare, una deroga al principio del carattere esclusivamente eterosessuale della coppia coniugata. L’A. avverte i rischi del ruolo di supplenza dei giudici nei riguardi di un legislatore inadempiente, osservando che il sistema non sarebbe in grado di reggere all’urto determinato dal sovvertimento di ruoli che devono mantenere una connotazione tipica ed irripetibile.

*Responding to the questions made by the Editorial Board, the A. emphasises the presence of an evident lack of dialogue between the Constitutional Court and the Court of Cassation, which both may also finally converge in the result of pushing the legislature to adopt a proper legal framework for “para-family” unions, similar but not identical to that for unions outlined in the art. 29, which only can claim the title of “family” (in a strict sense). Noting that there can be no principle from which only one rule can be inferred, the A. concludes that the Court of Cassation would have made a real revision of the Constitution, so introducing, although limited to a peculiar situation, an exception to the principle of an exclusively heterosexual character of the married couple. The A. warns of the risks of the substituting role of the judges in case of lawmaker’s inertia, noting that the legal system would not be able to cope to the subversion of roles, which, on the contrary, must maintain a typical and unrepeatable connotation.*

\* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina.

## 1. Lo scollamento registratosi tra la pronunzia della Consulta ed il “seguito” non lineare ad essa datovi dalla Cassazione, con una decisione produttiva di effetti in deroga alla Costituzione

Aderisco volentieri all’invito di *GenIUS* di discutere della pronunzia della Corte di cassazione n. 8097 del 2015, che — come si sa — ha dato “seguito” alla sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale, intrattenendomi su alcune delle questioni poste dalla *Rivista*, alle quali mi sforzo di rispondere riunendole in un unitario discorso e dando al mio intervento un taglio più pratico che teorico. Non rimetto cioè in discussione, dopo averne detto altrove<sup>1</sup>, il verdetto della Consulta, rilevandone talune aporie interne di costruzione, che rendono quest’ultima fortemente traballante, anzi — a dirla tutta — incapace di reggersi in piedi. Sta di fatto, però, che la radice delle contraddizioni a mia opinione rilevabili nella decisione della Cassazione affondano proprio in quelle aporie; e la cosa non ha rilievo solo teorico, specie ove ci si interroghi circa ciò che potrebbero fare altri giudici comuni investiti di richieste analoghe a quella che ha portato alla pronuncia della Corte della nomofilachia. È verosimile attendersi che quest’ultima faccia — come suol dirsi — “diritto vivente” e venga perciò seguita dai giudici di merito<sup>2</sup> ma non possiamo escludere neppure che l’orientamento della Suprema Corte non sia condiviso e che perciò si ricerchino soluzioni diverse volte a riconciliarlo con quello, divergente, della Consulta. A questo scenario è opportuno, a mio modo di vedere, dedicare un supplemento di riflessione rispetto a quanto sin qui detto.

Che si abbia uno scollamento vistoso tra gli indirizzi delle due Corti mi parrebbe evidente. È chiaro che chi difende il verdetto della Cassazione la pensa diversamente, rinvenendo piena armonia tra di essi. D’altro canto, questa lettura era stata *ante litteram* anticipata (ed anzi incoraggiata) da una sensibile dottrina<sup>3</sup> cui in buona sostanza si deve l’imbeccata prontamente raccolta dalla Cassazione stessa. Una lettura che, tuttavia, non persuade, sol che si pensi che il giudice delle leggi ha inteso tener fermo il paradigma eterosessuale del matrimonio, considerandolo indisponibile *in ogni caso*, anche dunque in relazione alla peculiare condizione dei soggetti componenti una coppia già coniugata e però impossibilitata a restar tale, in quanto *divenuta* omosessuale. Di contro, il giudice della legittimità ritiene che il matrimonio tra i soggetti in parola possa restare in piedi, pur se... *a tempo*, fintantoché il legislatore non si sarà deciso a dare ai soggetti stessi la peculiare regolazione cui hanno diritto, in considerazione del “pregresso vissuto” — come l’ha chiamato la Consulta — tra di essi preesistente.

C’è — ne convengo — un punto in comune tra i due indirizzi qui posti succintamente a confronto; ed è che entrambi (soprattutto — a me pare — quello della Cassazione) danno una spinta di non secondario effetto all’adozione dell’attesa disciplina legislativa che dovrebbe finalmente dar appagamento alle aspettative di tutela nutrite dalla coppia suddetta. Per strano che possa sembrare, malgrado i verdetti delle due Corti non si pongano quali segmenti di una stessa retta, riscontrandosi piuttosto tra di essi una evidente frattura, a conti fatti entrambi possono valere a mettere in moto la macchina legislativa, con l’auspicio che poi vada nel verso giusto<sup>4</sup>. Un verso che è quello di dare alle unioni “parafamiliari” — come a me piace chiamarle — una regolazione, sì, per molti versi analoga a quella propria della sola unione che possa fregiarsi del titolo di “familiare” (in ristretta accezione) ma non appunto in tutto e per tutto identica a quella a quest’ultima esclusivamente riservata. Un esito, questo della ragionevole assimilazione così come della ragionevole differenziazione<sup>5</sup>, che ai miei occhi appare obbligato, ove si voglia tenere comunque distinta l’area materiale “coperta” dall’art. 29 da quella cui fa invece riferimento l’art. 2, così come d’altronde in modo inequivoco stabilito dalla giurisprudenza costituzionale (dapprima, in via generale, con la sen-

1 In *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; nella stessa *Rivista* riferimenti al fitto dibattito sviluppatosi sulla decisione, ora, in I. Rivera, *L’amor che move il sole e. gli altri giudici (considerazioni a partire dalla sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale)*, 2015, pp. 466 ss.

2 Un primo segnale in questo senso si è prontamente avuto dal Tribunale di Milano, nona sezione civile, sentenza del 22 aprile 2015, che ha ammesso l’eventualità che il matrimonio del transessuale non si sciogla, laddove così voglia anche il coniuge.

3 Ovvio il richiamo qui ad una nota di B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014, ripresa anche da altri.

4 Ed è proprio per ciò che, con ogni probabilità, la Consulta non reagirà, come pure in astratto potrebbe fare, sollevando un conflitto interorganico davanti a se stessa avverso il verdetto della Cassazione (di altri rimedi pure immaginabili dirò più avanti).

5 Il sindacato sulle norme al fine di verificare se abbiano in modo indebito assimilato ovvero differenziato il trattamento è, infatti, secondo ragionevolezza, con tutti i vantaggi e però anche i rischi che sempre si accompagnano a siffatta specie di controllo, a motivo del carattere inclinato e scivoloso del piano sul quale si svolge.

tenza n. 138 del 2010 e, quindi, con la sentenza n. 170 del 2014, con riferimento alla peculiare coppia di persone *divenute* dello stesso sesso).

Nobile, dunque, il fine, sul quale convergono le due Corti, ed efficace — convengo — la manovra a tenaglia da esse posta in essere, specie — come dicevo — da parte della Cassazione, che potrebbe stringere nell'angolo il legislatore, obbligandolo a risvegliarsi dall'annoso letargo al quale si è deliberatamente abbandonato e che tuttavia potrebbe non restare privo di effetti sanzionatori ponendosi quale causa di una eventuale chiamata a responsabilità dello Stato, ove venisse raccolto uno spunto in tal senso offerto dalla procura nel corso del giudizio davanti alla Cassazione, del quale la stessa pronunzia di quest'ultima fa peraltro menzione. Efficace, sì, la manovra suddetta ma è da chiedersi se sia anche corretta, appieno rispettosa cioè dei principi costituzionali in tema di famiglia o, all'opposto, se risulti da questi deviante.

Temo che la risposta al quesito non sia confortante, soprattutto se riguardata alla luce delle conseguenze che potrebbero aversene nella pratica giuridica a venire.

Non torno ora a dire delle ragioni, plurime e convergenti, che a mia opinione inducono a non accogliere la soluzione adottata dalla Cassazione ed a considerarla quale un "seguito" non lineare rispetto al verdetto della Consulta<sup>6</sup>. Mi limito solo a far nuovamente osservare che l'istituto del matrimonio *sub condicione* o *a tempo* non esiste e non credo che possa esistere, neppure qualora volesse introdurlo il legislatore; figuriamoci, poi, se può essere inventato da un giudice... E non è, al riguardo, il caso di rammentare che tutto quanto attiene allo *status* della persona non può che avere una definizione legislativa, di ordine generale, non pure essere il frutto, ancorché dettato da ragioni di equità, della originale elaborazione da parte di un giudice, tanto più ove si consideri che le decisioni di quest'ultimo non possiedono generale valenza. Semmai, dunque, il matrimonio *a tempo* avrebbe dovuto inventarlo la Corte costituzionale, facendo luogo ad un'additiva di regola o, meglio, ad una sostitutiva, rimpiazzando la norma dello scioglimento immediato del matrimonio del transessuale con altra volta a rendere transitorio il matrimonio medesimo. Solo che il giudice delle leggi non è stato neppure sfiorato dal dubbio di poter adottare siffatta soluzione, che l'avrebbe fatalmente portato ad entrare in contraddizione con se stesso, pur se limitatamente appunto ad un caso del tutto particolare, quale quello di cui si è dovuto nella circostanza odierna fare carico, dal momento che il giudice stesso è radicato nel convincimento, già a chiare lettere enunciato nella 138 del 2010 e rinnovato anche nella 170 del 2014, secondo cui il solo matrimonio costituzionalmente ammissibile è quello fondato sul paradigma indisponibile della eterosessualità della coppia.

Si badi: un paradigma, questo, che — contrariamente all'avviso di molti autori fiduciosi che al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso si possa, prima o poi, pervenire innovando al dettato legislativo in vigore — non risulta unicamente dalle previsioni codicistiche (e legislative in genere) e, dunque, da norme suscettibili di caducazione o di manipolazione in sede di giudizio di costituzionalità; risulta, prima ancora, dalla Carta costituzionale, secondo quanto peraltro conferma la circostanza per cui la "copertura" all'unione *same sex* — ci è stato detto dalla Consulta — non può, *in alcun caso o modo*, rinvenirsi nell'art. 29 bensì è rinvenibile unicamente nell'art. 27. Dunque, anche se un domani il riconoscimento suddetto dovesse aversi, ciò non potrebbe far attrarre il nuovo istituto nell'area materiale i cui confini sono segnati nell'art. 29, come invece è giudicato possibile dalla dottrina qui non accolta. Insomma, con legge comune — piaccia o no, ma il pensiero della Consulta sul punto mi pare inequivoco — il matrimonio tra omosessuali, *originari o sopravvenuti che siano*, non può avere ingresso nel nostro ordinamento e — come argomentato da altra dottrina<sup>8</sup> — dovrebbe pertanto a ciò farsi luogo a mezzo della riscrittura del dettato costituzionale.

6 Volendo, possono vedersi esposte nel mio *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015, pp. 304 ss.

7 Non vedo, infatti, come possa conciliarsi la lettura patrocinata da questi autori con il passo della sentenza n. 170 del 2014, di cui al punto 5.6 del *considerato in diritto*, nel quale è scritto essere inammissibile "una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il *perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*", aggiungendosi poco più sotto, al punto 5.7, che i soggetti il cui matrimonio sia sciolto per effetto della rettificazione anagrafica del sesso possono, volendo, tenere in vita il loro rapporto unicamente sotto forma di "convivenza registrata", comunque diversa da quella propria della coppia coniugata (mio, ovviamente, il corsivo).

8 A. Spadaro, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale — come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa — o serve una legge di revisione costituzionale?*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 345 ss.; pure *ivi* possono, volendo, vedersi il mio "*Strane*" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, pp. 331 ss. e, ancora, G. Razzano, *Matrimonio, famiglia, omosessualità. Spunti dal diritto romano*, pp. 321 ss. e S. Troilo, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, pp. 373 ss.

Questa conclusione non ammette eccezione alcuna: l'unione tra persone aventi lo stesso sesso è cosa *altra, in ogni caso*, rispetto alla famiglia, ex art. 29. Ed allora, come ha potuto la Cassazione desumere dal principio aggiunto dalla Consulta con la 170 la regola della pur "condizionata" (e però a tempo indeterminato...) sopravvivenza del matrimonio del transessuale e del suo coniuge? E, ancora di più (e peggio), come ha potuto considerarla l'*unica* regola astrattamente desumibile, a rime obbligate dunque, dal principio medesimo? Ha senso — mi sono già chiesto in sede di primo commento della 8097 e torno qui a ribadire — ritenere che possano darsi principi dai quali si estragga una ed una sola regola, come ha opinato la Cassazione?

La verità è che qui l'alternativa era stringente, soffocante: o sciogliere o non sciogliere il matrimonio. Se l'è posta, innanzi tutto, la Consulta che nella parte motiva della 170 non ha dato mostra di avere il minimo dubbio a riguardo del fatto che il matrimonio debba considerarsi ormai sciolto; è vero che il verdetto non è stato, come avrebbe dovuto essere, di rigetto, accompagnato dal solito monito già enunciato nella 138 del 2010. È stato, invece, di accoglimento; solo che la traiettoria del tiro effettuato dalla Consulta per colpire il legislatore inadempiente si è rivelata fuori centro, essendone risultata toccata non la norma che prevedeva (e prevede...) lo scioglimento del matrimonio ma *altra* norma che non prevede una peculiare regolazione della coppia *de qua*, comunque diversa pur se analoga — come si diceva — rispetto a quella propria delle coppie coniugate.

Sta tutta qui, in questa manovra maldestra effettuata dalla Consulta, la causa dell'ulteriore torsione operata dalla Cassazione a danno dell'istituto matrimoniale, fatto oggetto di un innaturale (nel senso di incostituzionale) adattamento alla condizione in cui la coppia stessa è venuta a trovarsi. Ed allora, nell'alternativa "secca", fortemente costringitiva, tra il lasciare sguarnite di tutela alcuna le persone componenti la coppia in parola e il mantenerle sotto la "copertura" discendente dal vincolo matrimoniale la Cassazione, sia pure in modo prevedibilmente sofferto, si è determinata per il secondo corno dell'alternativa stessa. Solo che il raggiungimento dell'obiettivo ha comportato la sovrapposizione di aree materiali che — come si è sopra rammentato — la Consulta ha dichiarato doversi tenere rigorosamente distinte, facendo godere (sia pur provvisoriamente ma, appunto, chissà fino a quando...) della protezione offerta dall'art. 29 la coppia che dalla Corte costituzionale era stata ormai definitivamente ed irreversibilmente spostata sotto la "copertura" dell'art. 2.

Per l'aspetto ora considerato, la vicenda qui nuovamente discussa ha avuto un esito paradossale, francamente sconcertante: ha visto cioè la Cassazione far luogo ad una vera e propria *revisione della Costituzione* — ché di questo, a conti fatti, si tratta — introducendo, pur se limitatamente ad una fattispecie circoscritta e peculiare, una deroga al principio del carattere esclusivamente eterosessuale della coppia coniugata.

## 2. Cosa avrebbe potuto o un domani potrebbe farsi al fine di dare congruo svolgimento al principio aggiunto dalla Consulta, a partire dalla sua opportuna "razionalizzazione" con legge costituzionale, e cosa potrebbe fare un giudice che non si riconosca nell'orientamento manifestato dalla Cassazione

Ovviamente, non stiamo qui ora a dire se una innovazione costituzionale siffatta sia, o no, opportuna ovvero se possano immaginarsi soluzioni diverse. Personalmente, non solo non ho nulla in contrario ma, anzi, sono decisamente favorevole a che l'aggiunta fatta dalla Consulta con la 170 sia "razionalizzata" in Costituzione, con le forme a ciò apprestate dall'art. 138. Volendo (e proprio al fine di mettere in evidenza la natura "parafamiliare" della coppia omosessuale), potrebbe aggiungersi un art. 29-*bis* che riconosca i diritti altresì di siffatte unioni, comunque distinti al pari dei doveri rispetto a quelli propri dei coniugi, demandando quindi alla legge le necessarie specificazioni-attuazioni. Si può poi — come si accennava poc'anzi — prendere in considerazione anche l'ipotesi di estendere, puramente e semplicemente, l'area materiale "coperta" dall'art. 29, riportando cioè alla nozione costituzionale di "famiglia" anche le unioni in parola.

Quale che sia l'opzione preferita, a me parrebbe comunque consigliabile innestare direttamente nella Carta la tutela normativa, dotandola così delle basi più salde ed idonee ad appagare al meglio le aspettative da troppo tempo disattese delle coppie omosessuali. Temo però che non si diano, perlomeno al presente, le condizioni perché questa idea possa concretarsi. Di sicuro, tanto dopo la pronunzia della Consulta quanto a seguito di quella della Cassazione, il legislatore comune dispone comunque di largo spazio per la disciplina delle unioni *same sex*, se del caso ulteriormente distinguendo tra quelle origina-



rie e le sopravvenute (e già coniugate), dando in particolare al “pregresso vissuto” di queste ultime il giusto, peculiare rilievo.

Non è di tutto ciò che, nondimeno, siamo ora nuovamente chiamati a discutere. La fantasia italica avrà di certo modo su questo terreno di spiegarsi in vario modo, ampiamente, secondo quanto peraltro avvalorato dalla progettazione in corso della disciplina suddetta<sup>9</sup>.

Su un punto, ad ogni buon conto, siamo — mi pare — tutti d'accordo; ed è in relazione alla assoluta urgenza che la disciplina stessa venga finalmente alla luce, tanto più se si considera che potrebbero darsi dei giudici che, non riconoscendosi (a buon diritto...) nel verdetto della Cassazione, considerino sciolto il matrimonio tra persone una delle quali abbia mutato sesso<sup>10</sup>. Il verdetto stesso infatti — come si sa — non produce effetti *erga omnes*, con la conseguenza che una questione fondamentale riguardante lo *status* della persona potrebbe ricevere trattamenti inspiegabilmente differenziati a seconda delle sedi giudiziarie che ne siano investite<sup>11</sup>.

Si può discutere se sulla questione possa essere chiamata a pronunciarsi la Consulta e per quale via. A mia opinione, la 170 è una pronunzia “complessa”<sup>12</sup>, presentandosi a un tempo di rigetto, per la parte in cui ha ad oggetto la norma sullo scioglimento del matrimonio del transessuale, e di accoglimento, quanto alla omessa previsione della disciplina che dia la specifica tutela allo stesso soggetto ed al suo *partner*.

Si potrebbe dunque ipotizzare che la Corte sia nuovamente investita di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la prima norma. Non credo però che questa strategia processuale sia conducente allo scopo, vuoi per il fatto che, se l'obiettivo è il mantenimento del matrimonio sia pure *a tempo*, il giudice può tranquillamente adagiarsi sul verdetto della Cassazione e riprodurlo nel proprio provvedimento dietro richiesta delle parti, senza bisogno dunque di interpellare la Consulta, e vuoi ancora perché è assai improbabile che su una questione di sì cruciale rilievo la Consulta stessa si discosti da quel paradigma eterosessuale del matrimonio nel quale fermamente si riconosce.

Oppure si potrebbe immaginare (e riprendo qui una ipotesi già affacciata in sede di commento alla 8097) che il giudice consideri quella del matrimonio a tempo una regola vigente, in quanto “conseguenziale” allo stesso intervento additivo operato dalla Consulta, così come ha (maldestramente...) fatto la Cassazione e, dunque, sollevi su tale norma un dubbio di costituzionalità. Stavolta, come si vede, l'obiettivo è diverso (ed anzi opposto) rispetto a quello sopra enunciato, puntandosi allo scioglimento “secco” del matrimonio.

Confesso però di non credere che neppure questa strada sia percorribile, per almeno due ragioni.

La prima è che il giudice dovrebbe dichiarare di estrarre la regola dal principio somministrato a suo tempo dalla Consulta e che la regola stessa è l'*unica* desumibile dal principio stesso, così come — s'è veduto — ha dichiarato la Cassazione<sup>13</sup>; solo che una norma che discenda a rime obbligate da un principio in tesi, a sua volta, con le stesse rime estratto dalla Costituzione<sup>14</sup> non può essere, ovviamente, invalida.

La seconda è che la regola stessa, in realtà, non... *esiste* (e, come si diceva, non *può* esistere) né il giudice sarebbe, dunque, in grado di esibire la disposizione che la enuncia.

9 Si segnala, al riguardo, il testo unificato di diversi progetti in materia di unioni civili e patti di convivenza, in atto all'esame del Senato (n. 1211), sul quale la Commissione Affari Costituzionali ha espresso, il 12 maggio 2015, un parere favorevole (ma con osservazioni), pubblicato lo stesso giorno in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

10 Per puro sfoggio di fantasia, rammento che, ove entrambi i componenti una coppia coniugata dovessero mutare sesso, il maschio divenendo donna e viceversa, il matrimonio potrebbe ugualmente sopravvivere.

Altra questione è, poi, quella, di cui tuttavia non siamo stati chiamati a farci carico, circa ciò che debba intendersi per mutamento di sesso, se riferito ai caratteri primari ovvero unicamente a quelli secondari. A favore di questa seconda e più lassa soluzione si è di recente dichiarato il Tribunale di Messina, in una sua discussa (e discutibile) pronunzia che può ora vedersi annotata da G. D'Amico, *Identità di genere: “non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere”*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.

11 È ciò che si può dire anche in relazione alla decisione del Tribunale di Messina, sopra richiamata, per effetto della quale oggi c'è in Italia un soggetto che ha avuto registrato all'anagrafe il mutamento di sesso richiesto, pur se non preceduto e sorretto da alterazione dei caratteri primari, e che, volendo, può pertanto contrarre validamente matrimonio con altro soggetto del suo stesso sesso originario e... *attuale*.

12 In generale, su questa specie di decisioni, di recente, C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2013.

13 ... dovendo, altrimenti, estrarre altra norma compatibile (se non proprio conforme) a Costituzione; a meno che non reputi che la norma stessa non sia essa pure contraria alla Carta. In quest'ultima evenienza, non ammettendosi — come si sa — le questioni ancipiti o ipotetiche, il giudice dovrebbe fare la sua scelta, investendone di conseguenza la Consulta.

14 Non è inopportuno rammentare che le addizioni in genere, pur laddove circoscritte ai soli principi, si giustificano alla sola condizione che le norme aggiunte discendano “a rime obbligate” dalla Costituzione.

L'esito parrebbe allora essere paradossale. Il giudice che non si riconosca nell'orientamento della Cassazione e che, però, allo stesso tempo non voglia lasciare sguarnita di tutela una coppia di persone coniugate e *divenute* dello stesso sesso viene a trovarsi in un tunnel senza uscita. Un autentico pasticcio, dicevo a suo tempo, di cui il primo responsabile non è la stessa Cassazione, che pure si è inventata un istituto che non c'è, ma la Corte costituzionale, con la innaturale pretesa da essa coltivata di poter piegare ad una buona causa uno strumento inadeguato, aggiungendo cioè ad una legge che non c'è (una legge "sbagliata", come ha fatto notare un avveduto commentatore<sup>15</sup>) un principio comunque non *self-executing*, in quanto bisognoso al fine di potersi inverare nell'esperienza di essere svolto da un articolato normativo per la cui produzione solo il legislatore dispone della necessaria attrezzatura.

Forse, proprio in ciò può vedersi la ragione dell'atteggiamento pilatesco dell'Avvocatura dello Stato che, intervenendo nel giudizio conclusosi con la sent. n. 8097, dietro cit., si è rimessa alle determinazioni della Cassazione, senza prendere partito in un senso o nell'altro: un atteggiamento dietro il quale s'intravede — a me pare, con sufficiente chiarezza — il palese imbarazzo davanti ad una situazione oggettivamente senza vie d'uscita. Un'Avvocatura evidentemente convinta che il matrimonio dei protagonisti di questa sofferta vicenda sia da considerare ormai sciolto e però, allo stesso tempo, consapevole che, per effetto dello scioglimento stesso e in attesa dell'intervento del legislatore, i soggetti stessi sarebbero rimasti senza tutela alcuna.

### 3. La duplice morale consegnataci dalla vicenda definita dalla sentenza n. 8097

Una duplice morale ci viene consegnata da questa vicenda, una cattiva ed una buona.

La prima è che va affermandosi e — ahimé — sempre più diffondendosi un *usus* che giudico sommamente pericoloso, espressivo di un abito mentale purtroppo non isolato e che merita subito di essere fronteggiato con tutte le risorse, teoriche ed operative, di cui disponiamo, nel tentativo di contenerne almeno le più esasperate manifestazioni; ed è che i giudici, la Corte costituzionale per un verso, i giudici comuni (a partire, appunto, dalla Cassazione...) per un altro, sembrano refrattari a restare fedeli alle regole che presiedono all'esercizio delle loro funzioni, persino alle volte alle regole che essi stessi si danno, facendo luogo a singolari ed eccentriche invenzioni di nuove tecniche decisorie ovvero piegando quelle esistenti ad usi impropri, secondo occasione<sup>16</sup>. Il fine alle volte — non si nega — è nobile ma il mezzo può rivelarsi inadeguato, comunque non consentito. E così, nella circostanza odierna, alla prima forzatura operata dalla Consulta (con l'aggiunta di un principio giusto a legge "sbagliata" e... *inesistente*) ha fatto seguito la seconda (ed ancora più grave) forzatura della Cassazione, con l'invenzione di una regola non desumibile da quel principio e, comunque, frontalmente contrastante con la Carta.

15 R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; in un non dissimile ordine di idee, pure *ivi*, anche il mio *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità*, cit.

16 Emblematica espressione di questo *trend* la recente, discussa e discutibilissima sent. n. 10 del 2015, con cui la Consulta ha messo da canto l'incidentalità. La qual cosa avrebbe potuto (e dovuto...) portare all'esito abnorme, francamente mostruoso, di obbligare il giudice remittente ad applicare nel giudizio *a quo* la norma di legge dichiarata costituzionalmente illegittima; senonché il giudice stesso, traendo spunto da una indicazione teorica di una sensibile dottrina (R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale* ab origine: *natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, spec. al § 9), si è ribellato all'ingiusto verdetto della Consulta e, facendo riferimento al solo dispositivo (e non pure alla parte motiva) di quest'ultimo, non ha fatto applicazione della legge annullata [Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, n. 217/3/15; in termini di "schiaffo alla Consulta" se ne dice in una nota della Redazione di *Diritti comparati*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), apparsa il 15 maggio 2015; una severa critica, accompagnata da pertinenti richiami al principio di totalità della decisione, nella circostanza disatteso dal giudice *a quo*, è ora in A. Morelli, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax (a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2015, pp. 483 ss.]. Naturalmente, può darsi che, a seguito del prevedibile appello, la pronunzia della Commissione sia cassata, come pure è da mettere in conto l'eventualità che la Corte costituzionale reagisca allo "schiaffo", sollevando conflitto di attribuzioni, *sub specie* di conflitto da menomazione, davanti a se stessa (una eventualità, questa, che, nondimeno giudico remotissima, sol che si pensi alle critiche aspre da tutte le parti venute alla sent. n. 10). La qual cosa, a tacer d'altro, conferma che i bilanciamenti fatti dalla Consulta sono, sì, tra interessi *concreti* ma pur sempre effettuati *in astratto*, dal momento che ciò che poi a conti fatti rileva è il "seguito" dato ai bilanciamenti stessi ed alle pronunzie che li incorporano dai giudici comuni, i "terminali" delle pratiche giuridiche, laddove cioè si perfezionano, verificano e, se del caso, correggono le operazioni di giustizia costituzionale.

La seconda è che la supplenza dei giudici, di *tutti* i giudici (costituzionale e comuni, di merito ovvero di legittimità), nei riguardi di un legislatore inadempiente può, sì, spingersi anche molto in avanti e, tuttavia, pur sempre solo fino ad un certo punto. Oltre una certa soglia, infatti, il sistema non è in grado di reggere all’urto determinato dal sovvertimento di ruoli che *hanno, devono avere* ed è giusto che abbiano, ciascuno, una propria connotazione tipica ed irripetibile. Per doloroso, dunque, che sia accedere all’ordine di idee che possano esservi soggetti i cui diritti costituzionali restino sguarniti di effettiva tutela in difetto della necessaria loro regolazione da parte della legge, non è possibile — a me pare — acconsentire ad indebite commistioni di ruoli, tanto più laddove — come ha fatto, nel corso della nostra vicenda, la Cassazione — ciò dovesse portare alla creazione di un nuovo diritto *ope juris prudentiae* in deroga alla Costituzione e che solo con l’utilizzo delle forme da questa stessa prescritte (e, comunque, pur sempre nel rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento) può venire alla luce.

---

*Interventi*



Kees Waaldijk\*

## Il diritto di relazionarsi: l'importanza della parola “orientamento” nel diritto comparato dell'orientamento sessuale

### Sommario

1. “Orientamento” – 2. Una disciplina – 3. Studi comparati – 4. Sessuale? – 5. Orientamento! – 6. Un diritto – 7. Dichiararsi e frequentarsi – 8. Coltivare i rapporti – a) Rispetto – b) Protezione – c) Riconoscimento – d) Formalizzazione – e) Riconoscimento di formalizzazioni estere – 9. Conclusioni

### Abstract

Il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con gli altri esseri umani è stato articolato per la prima volta nel 1976 dalla Commissione europea per i diritti umani, come aspetto del diritto al rispetto della vita privata. Successivamente, tale diritto è stato riconosciuto in termini simili da diverse corti nazionali e internazionali, tra cui la Corte Suprema americana (*Roberts v. United States Jaycees*), la Corte europea dei diritti umani (*Niemietz c. Germania*), la Corte costituzionale sudafricana (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*) e la Corte interamericana dei diritti umani (*Fernández Ortega c. Messico*). Il presente articolo delinea le origini di questo diritto, collegandolo al significato della parola “orientamento” e al bisogno psicologico basilare di amore, affetto e appartenenza. Mi propongo di parlare del cosiddetto “right to relate”, o diritto di relazionarsi, sostenendo che esso può essere considerato il filo conduttore che lega tutte le questioni relative al diritto dell'orientamento sessuale (dalla depenalizzazione e dalle norme anti-discriminazione, sino al riconoscimento dei rifugiati e dell'omogenitorialità). Questo diritto può fungere da comune denominatore nello studio comparato di tutte le leggi a favore o contro le persone omosessuali, ovunque nel mondo. Il diritto di instaurare relazioni (con persone dello stesso sesso) implica sia un diritto di dichiararsi (“right to come out”), sia un diritto di frequentarsi (“right to come together”). Il diritto di sviluppare relazioni (tra persone dello stesso sesso) viene reso effettivo attraverso il rispetto, la protezione, il riconoscimento, la formalizzazione e il riconoscimento delle formalizzazioni avvenute all'estero.

*The right to establish and develop relationships with other human beings was first articulated — as an aspect of the right to respect for private life — by the European Commission of Human Rights (in 1976). Since then such a right has been recognised in similar words by national and international courts, including the U.S. Supreme Court (Roberts v. U.S. Jaycees), the European Court of Human Rights (Niemietz v. Germany), the Constitutional Court of South Africa (National Coalition for Gay and Lesbian Equality), and the Inter-American Court of Human Rights (Ortega v. Mexico). This lecture traces the origins of this right, linking it to the meaning of the word ‘orientation’ and to the basic psychological need for love, affection and belongingness (Maslow 1943). It proposes to speak of ‘the right to relate’, and argues that this right can be seen as the common theme in all issues of sexual orientation law (ranging from decriminalisation and anti-discrimination, to the recognition of refugees and of same-sex parenting). This right can be used as the common denominator in the comparative study of all those laws in the world that are anti-homosexual, or that are same-sex-friendly. The right to establish (same-sex) relation-*

\* LL.M. (Rotterdam), Ph.D. (Maastricht), Professore di diritto comparato dell'orientamento sessuale presso la Facoltà di giurisprudenza di Leida, nei Paesi Bassi, <http://www.law.leidenuniv.nl/waaldijk>; 2014 McDonald/Wright Visiting Chair of

*ships implies both a right to come out, and a right to come together. The right to develop (same-sex) relationships is being made operational through legal respect, legal protection, legal recognition, legal formalization, and legal recognition of foreign formalization.*

## 1. “Orientamento”

Un tempo, quando a Leida non c'erano né studenti né professori, questo edificio accademico era una chiesa. Costruito all'incirca 500 anni fa, faceva parte di un convento di suore domenicane<sup>1</sup>. Le povere suore si erano dovute accontentare di questo appezzamento di terra, che ben poco si adattava alla costruzione di una chiesa con l'altare maggiore rivolto a est<sup>2</sup>, pratica consolidata già da numerosi secoli<sup>3</sup>. Tale consuetudine derivava dalla tradizione precristiana di rivolgere l'asse degli edifici importanti verso l'Oriente, dove nasce il Sole<sup>4</sup>. Per cui le suore, forse a denti stretti, dovettero accettare il fatto che la chiesa del loro convento avrebbe avuto un orientamento insolito, con l'altare a sud, nel punto da cui vi sto parlando, o forse per un certo periodo sul lato nord, dove oggi si trova l'ingresso<sup>5</sup>. Insomma, le suore non poterono seguire la consolidata convenzione architettonica da cui deriva la parola “orientamento”.

Tra i miei doveri di professore rientra quello di instaurare e sviluppare relazioni con colleghi e studenti. Instaurare relazioni è un aspetto fondamentale del processo didattico. Tra le altre cose, la didattica deve essere orientata agli studenti. Un bravo insegnante non si limita a trasmettere agli studenti valide idee, conoscenze, abilità e spunti di riflessione, ma si pone anche in ascolto e impara a sua volta.

Ora, alcuni rimarranno sorpresi o forse delusi, perché si aspettavano che un professore di diritto comparato dell'orientamento sessuale avrebbe parlato di sesso. Invece, quale argomento del giorno, ho deciso di concentrarmi su una sola delle parole che compongono il nome della mia cattedra, ovvero “orientamento”.

La parola “orientamento” è impiegata in svariati contesti<sup>6</sup> ed è più forte di “direzione”, “posizione”, “inclinazione” o “preferenza”. Orientamento implica l'essere diretti, o il dirigersi, verso qualcosa o qualcuno con cui si desidera interagire in modo significativo. Nell'esempio della tradizione precristia-

---

Law, UCLA School of Law. La presente è una traduzione — curata da Roberto Gangemi — di una versione estesa della lezione inaugurale tenuta dal sottoscritto, il 20 aprile 2012, in veste di titolare della nuova cattedra di Diritto comparato dell'orientamento sessuale presso l'Università di Leida. Essa è stata pubblicata con il titolo *The Right to Relate: A Lecture on the Importance of “Orientation” in Comparative Sexual Orientation Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013, 24, p. 161, <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol24/iss1/4/>. Una versione condensata in olandese è comparsa con il titolo *Het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen: uitgangspunt voor rechtsvergelijking inzake (homo-)seksuele gerichtheid*, in *Tijdschrift Voor Familie- En Jeugdrecht*, 2013, 35, p. 104, mentre una traduzione in lingua vietnamita è stata pubblicata nel 2013 sotto forma di libretto dal *Center for Creative Initiatives in Health and Population*, disponibile in <http://ccihp.org/index.php/news/23/66/Others?lang=eng>. Eventuali commenti sono ben accetti e possono essere indirizzati a [c.waaldijk@law.leidenuniv.nl](mailto:c.waaldijk@law.leidenuniv.nl). Desidero ringraziare tutte le persone, dentro e fuori l'Università di Leida, che hanno reso possibile questa nuova cattedra. Grande riconoscenza va anche ai miei assistenti di ricerca, Jingshu Zhu e Nitin Sood, per il loro supporto. Inoltre, estendo la mia gratitudine a tutti coloro che, nel corso degli anni e in tutto il mondo, hanno contribuito con idee e informazioni sul diritto dell'orientamento sessuale. Devo un ringraziamento speciale a Michele Grigolo per essere stato il primo a utilizzare l'espressione “right to relate” nel corso di una conversazione, nel 2002, e a Eric Gitari per aver apprezzato e incoraggiato le mie riflessioni sul diritto di relazionarsi.

- 1 Si veda Th. H. Lunsingh Scheurleer et Al., *Het Rapenburg: Geschiedenis Van Een Leidse Gracht – Deel Vib: Het Rijck Van Pallas*, 1992, p. 786. Gli autori concludono che la chiesa è stata costruita intorno al 1507 e potrebbe essere stata inaugurata nel 1516. Nel 1581, l'Università di Leida, fondata sei anni prima, si spostò in questo edificio, dividendo la chiesa in tre aule per le lezioni e in una sala del senato. W. Otterspeer, *Groepsportret Met Dame I: Het Bolwerk Van De Vrijheid – De Leidse Universiteit 1575–1672*, 2000, p. 115.
- 2 Th. H. Lunsingh Scheurleer Et Al., *ivi*.
- 3 M. M. Hassett, *Catholic Encyclopedia* (1913)/*Orientation of Churches*, in Wikisource.Org, [http://en.wikisource.org/wiki/Catholic\\_Encyclopedia\\_\(1913\)/Orientation\\_of\\_Churches](http://en.wikisource.org/wiki/Catholic_Encyclopedia_(1913)/Orientation_of_Churches): “From the eighth century the propriety of the eastern apse was universally admitted, though, of course strict adherence to this architectural canon, owing to the direction of city streets, was not always possible”.
- 4 *Ivi*.
- 5 Si veda Th. H. Lunsingh Scheurleer et Al., *ivi*, p. 787. Gli autori esprimono scetticismo nei confronti di un'ipotesi precedente secondo cui in origine l'altare sarebbe stato situato sul lato nord della chiesa.
- 6 L'Oxford English Dictionary definisce “orientation” come, *inter alia*, “[a] person's basic attitude, beliefs, or feelings; a person's emotional or intellectual position in respect of a particular topic, circumstance, etc.; (now) spec. sexual preference.” Definizione di Orientation, in *Oed.com*, <http://www.oed.com/view/Entry/132540?redirectedFrom=orientation>.

na, ciò coincideva probabilmente con il culto o la celebrazione del Sole nascente. Dunque, essere orientati verso qualcosa o qualcuno significa relazionarsi con quella cosa o quella persona. Questa dimensione relazionale è presente sia nell'orientamento degli edifici religiosi, sia nell'orientamento di un metodo didattico, sia nel concetto di "orientamento sessuale".

L'orientamento sessuale riguarda il modo di relazionarsi con gli uomini o le donne. Molti di noi, ad un certo punto, si rendono conto di relazionarsi in modo diverso con le donne o con gli uomini. Iniziamo a relazionarci con gli altri ben prima di instaurare relazioni.

Nel diritto internazionale ed europeo, "orientamento sessuale" è un termine generico impiegato per includere omosessualità, eterosessualità e bisessualità<sup>7</sup>. Nella giurisprudenza internazionale ed europea, il termine "orientamento sessuale" è utilizzato per fare riferimento a comportamenti (omosessuali)<sup>8</sup> e relazioni (tra persone dello stesso sesso)<sup>9</sup>. Più raramente il termine è impiegato per designare persone omo, etero o bisessuali, i loro sentimenti o la loro identità<sup>10</sup>. La ragione risiede semplicemente nel fatto che, dal punto di vista giuridico, i problemi tendono a focalizzarsi sul comportamento omosessuale e sulle relazioni omosessuali. Pertanto, in ambito giuridico, l'espressione "orientamento sessuale" è

- 
- 7 Si veda ad es., K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination In The European Union: National Laws And The Employment Equality Directive*, 2006, pp. 96, 205 s.
- 8 Il comportamento omosessuale è oggetto di numerosi casi sull'orientamento sessuale su cui si è espressa la Corte europea dei diritti umani. Si veda P. Johnson, *Homosexuality And The European Court Of Human Rights*, 2013, pp. 231 ss., app. 2, dove l'autore riporta la "questione centrale" per ciascun caso, che spesso ha per oggetto uno specifico comportamento. La Corte europea dei diritti umani ha dichiarato che le distinzioni giuridiche tra comportamenti tra persone dello stesso sesso e comportamenti tra persone di sesso opposto costituiscono una forma di discriminazione basata sull'orientamento sessuale: Corte Edu, 2003, *S.L. c. Austria*, para. 77-78 e *L e V c. Austria*, para. 42-43 (entrambi i casi riguardano l'evoluzione della giurisprudenza ai sensi dell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti umani, che protegge contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, con riferimento alla legislazione che introduce un'età del consenso superiore per gli atti omosessuali rispetto a quella prevista per gli atti eterosessuali). In *Toonen c. Australia*, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite è giunto implicitamente alla medesima conclusione: comunicazione n. 488/1992, para. 2.1, 8.7, 9, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (31 marzo 1994) (si sostiene che la criminalizzazione dei contatti sessuali tra uomini viola il Patto internazionale sui diritti civili e politici).
- 9 Si veda Corte Edu, 2003, *Karner c. Austria*, para. 76, 84 (una disparità di trattamento tra partner non sposati dello stesso sesso e di sesso opposto a livello di normativa sulle locazioni è considerata una forma di discriminazione sull'orientamento sessuale). Si vedano anche: il caso *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 2008, C-267/06, punto 72 (si sostiene che una distinzione in materia pensionistica tra una coppia di coniugi di sesso opposto e una coppia registrata composta da persone dello stesso sesso costituisce una potenziale "direct discrimination on grounds of sexual orientation"); il caso *Grant v. S.W. Trains Ltd.*, 1998, C-249/96, punto 47 (viene presa in esame una disparità di trattamento tra partner non sposati dello stesso sesso e partner non sposati di sesso opposto in materia di benefici riservati ai coniugi, nella fattispecie il godimento di viaggi in treno a titolo gratuito per il partner di un dipendente delle ferrovie); Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Young c. Australia*, comunicazione n. 941/2000, para. 10.4, 12, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (6 agosto 2003) (una disparità di trattamento in materia pensionistica, simile a quella operata in *Karner*, viene considerata una discriminazione "on the basis of... sex or sexual orientation"); Corte Inter-Americana dei diritti umani, 24 febbraio 2012, *Atala Riffo e figlie c. Cile*, para. 133 ("[T]he scope of the right to non-discrimination due to sexual orientation is not limited to the fact of being a homosexual per se, but includes its expression and the ensuing consequences in a person's life project").
- 10 I casi legati all'identità gay o lesbica di un individuo (inclusi quelli relativi a carriere militari, richieste di asilo, nonché la maggior parte dei casi connessi alla genitorialità) costituiscono una minoranza ridotta dei casi sull'orientamento sessuale decisi dalla Corte europea dei diritti umani. Si veda P. Johnson, *ivi*, pp. 231 ss. (elenco dei casi in cui la "questione centrale" è "Prohibition of homosexuality in armed forces" o "Discrimination in adoption of a child"). L'espressione "sexual orientation" è stata utilizzata per la prima volta dalla Corte in questo senso nell'ambito di un caso di affidamento: si veda Corte Edu, 1999, *Mouta c. Portogallo*, para. 28.

utilizzata principalmente per indicare una caratteristica di comportamenti o relazioni<sup>11</sup> e non una caratteristica delle persone<sup>12</sup>.

Tra i vari fattori di non discriminazione, la religione è probabilmente il più assimilabile all'orientamento sessuale, in quanto entrambi riguardano essenzialmente i comportamenti (così come i diritti fondamentali corrispondenti: la libertà di religione e di credo e il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani). Nell'ambito del diritto internazionale antidiscriminatorio, le altre categorie protette — come il sesso o la razza — sono per lo più considerate caratteristiche innate dell'individuo. Si tratta di una distinzione puramente relativa, naturalmente. Anche il sesso o la razza presentano aspetti legati al comportamento, basti pensare alla gravidanza o ai matrimoni interrazziali. D'altro canto, molti ritengono che la propria fede religiosa o il proprio "gene gay" sia qualcosa di innato<sup>13</sup>, che non può essere cambiato. Tuttavia, si può affermare che aspetti come la religione o l'orientamento sessuale siano legati al comportamento molto di più di quanto lo siano il sesso o la razza. Delle centinaia di casi riguardanti l'orientamento sessuale in cui mi sono imbattuto, la stragrande maggioranza riguardava i comportamenti sessuali, lo scambio di effusioni e le relazioni tra persone dello stesso sesso, o ancora le informazioni sull'omosessualità<sup>14</sup>. Probabilmente un discorso simile può essere fatto per i casi legati alla religione che, in gran parte, non hanno per oggetto l'adesione (a una certa religione) bensì il comportamento del singolo individuo (associato a una determinata religione). Gli aspetti comportamentali della religione sono inclusi nel divieto di discriminazione, proprio come avviene per la libertà religiosa<sup>15</sup>. Probabilmente questo tipo di protezione esiste perché il comportamento — aspetto centrale per la religione/il credo o per l'orientamento sessuale — non è casuale, bensì è espressione di un profondo e inevitabile bisogno di relazionarsi con gli altri esseri umani (e/o, a seconda del caso, con entità divine). Il rispetto per la religione, e allo stesso modo per l'orientamento sessuale, implica il rispetto per la loro pratica<sup>16</sup>.

La disciplina oggetto della mia cattedra è il diritto comparato dell'orientamento sessuale. Nella pratica, la mia ricerca e il mio insegnamento si concentreranno sugli aspetti giuridici legati all'orientamento omosessuale, spesso mettendoli a confronto con il trattamento giuridico riservato all'orientamento eterosessuale. Principalmente, prenderò in esame le legislazioni di vari Paesi e il diritto di varie organizzazioni internazionali.

Ora, però, vorrei soffermarmi sul *perché* l'orientamento sessuale è oggetto di crescente riconoscimento e tutela nel diritto internazionale ed europeo e nelle legislazioni di un numero sempre maggiore di Paesi in tutto il mondo. Ciò mi darà l'occasione di proporre un comune denominatore da utilizzare nello studio comparato del diritto dell'orientamento sessuale nei vari continenti.

- 
- 11 K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *ivi*, pp. 213 s. Si vedano anche: R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, The European Convention and The Canadian Charter*, 1995, pp. 6 ss. (vengono distinte quattro accezioni diverse per l'espressione "orientamento sessuale"); J.C. Gonsiorek et al., *Definition and Measurement of Sexual Orientation*, in *Suicide & Life-Threatening Behaviour*, 1995, 25, p. 41 ("It is important to note that a person's sexual behavior can be same-sex oriented, yet that person may not self-identify as such"). Curiosamente, il preambolo dei *Principi di Yogyakarta* contiene involontariamente una definizione che sembra essere direttamente applicabile solo alle persone; il concetto di "sexual orientation" è infatti inteso come "each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender", *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, 2007, p. 8, <http://www.yogyakartaprinciples.org> (di seguito, i *Principi di Yogyakarta*).
- 12 L'Oxford English Dictionary definisce "sexual orientation" come "[o]riginally: (the process of) orientation with respect to a sexual goal, potential mate, partner, etc. Later chiefly: a person's sexual identity in relation to the gender to whom he or she is usually attracted; (broadly) the fact of being heterosexual, bisexual, or homosexual. In early use prob. not a fixed collocation" *Sexual Orientation Definition*, in *Oed.com*, <http://www.oed.com/view/Entry/261213?redirectedFrom=sexual+orientation>. Apparentemente, il significato originale più attivo del termine è presente nell'accezione giuridica di "orientamento sessuale" con cui si fa riferimento a comportamenti e relazioni (con persone dello stesso sesso). Da quanto mi è stato detto, in cinese "orientamento sessuale" si dice "Xing QingXiang", dove l'antica parola "QingXiang" significa qualcosa come "attendere con impazienza".
- 13 V. Clarke et al., *Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Queer Psychology: An Introduction*, 2010, pp. 26, 33.
- 14 Si vedano i casi menzionati *ivi*, note 8–10.
- 15 La Dichiarazione universale dei diritti umani, 10 Dicembre 1948, Ris. A.G. 217 (III) A, art. 18, U.N. Doc. A/RES/217(III), afferma esplicitamente che "tale diritto include [...] la libertà di manifestare [...] la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti".
- 16 Per un'analisi più completa dell'analogia tra religione e orientamento sessuale, si veda D. A.J. Richards, *Identity and the Case for Gay Rights: Race, Gender, Religion as Analogies*, 1999.



## 2. Una disciplina

Il mio obiettivo di oggi non è limitato unicamente all'individuazione di questo denominatore comune, bensì anche all'ulteriore consolidamento e sviluppo della disciplina di cui mi occupo: il diritto dell'orientamento sessuale. È un campo di studio recente — che negli ultimi decenni ha conosciuto una rapida crescita — e interessato da un ampio ventaglio di fenomeni giuridici. Lasciatemi citare i più rilevanti:

- criminalizzazione o depenalizzazione dei comportamenti omosessuali<sup>17</sup>;
- legislazione contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale<sup>18</sup>;
- messa in discussione — attraverso i diritti umani — di leggi e prassi anti-omosessuali<sup>19</sup>;
- criminalizzazione specifica di atti di violenza contro le persone omosessuali<sup>20</sup>;
- regolamentazione delle informazioni sull'orientamento sessuale<sup>21</sup>;
- concessione o rifiuto dell'asilo a persone in fuga da situazioni di persecuzione omofobica<sup>22</sup>;
- riconoscimento o mancato riconoscimento delle coppie composte da persone dello stesso sesso<sup>23</sup>;

- 
- 17 Si veda ad esempio, J. Rydström & K. (eds.), *Criminally Queer: Homosexuality And Criminal Law In Scandinavia 1842–1999*, 2007; H. Graupner, *Sexualität, Jugendschutz Und Menschenrechte: Über Das Recht Von Kindern Und Jugendlichen Auf Sexuelle Selbstbestimmung: Teil 1 & Teil 2*, 1997 (la seconda parte contiene un dettagliato resoconto comparativo del diritto dei reati sessuali praticamente in tutti i Paesi europei); A. Gupta, *This Alien Legacy: The Origins Of "Sodomy" Laws In British Colonialism*, Human Rights Watch, 2008, <http://www.hrw.org/reports/2008/12/17/alien-legacy-0>; B. Whitaker, *Unspeakable Love: Gay and Lesbian Life in the Middle East*, 2006 (in cui viene discussa la situazione giuridica nella maggior parte dei paesi dell'area); M. Kirby, *Lessons from the Wolfenden Report*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 2008, p. 551 (in cui si discute del rapporto del 1957 che ha influito sulla depenalizzazione dei comportamenti omosessuali in molti paesi); D. E. Sanders, *377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 2009, 4, p. 1 (in cui si discute di come il divieto coloniale imposto in India sui "rapporti carnali contro l'ordine della natura" ("carnal intercourse against the order of nature") sia ancora ampiamente in vigore nella maggior parte delle ex colonie britanniche in Asia).
- 18 Si veda ad esempio, M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, 2002; D. Rayside, *Queer Inclusions, Continental Divisions: Public Recognition of Sexual Diversity in Canada and the United States*, 2008; Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States*, 2010, pp. 13 ss.; K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *ivi*; I. Chopin & T. Uyen Do, *European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, Developing Anti-Discrimination Law in Europe: The 27 EU Member States Compared*, 2010, [www.migpolgroup.com/publications\\_detail.php?id=320](http://www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=320); M. Bell, *Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2012, p. 127.
- 19 Si veda ad esempio A. Jernow, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook*, *International Commission of Jurists*, 2011, <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/05/Sexual-orientation-gender-identity-and-justice-report-2011.pdf>; R. Wintemute, *ivi*; N. Bamforth, *Legal Protection of Same-Sex Partnerships and Comparative Constitutional Law*, in *Comparative Constitutional Law*, T. Ginsburg & R. Dixon (eds.), 2011, p. 551; L.R. Helfer, *Finding a Consensus on Equality: The Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human Rights*, in *New York University Law Review*, 1990, 65, p. 1044; S. Maguire, *The Human Rights of Sexual Minorities in Africa*, in *California Western International Law Journal*, 2004, p. 1.
- 20 Si veda ad esempio, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, 2011 (2 ed.), pp. 83 ss., [www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf).
- 21 Si veda ad esempio, U.N. High Commissioner for Human Rights, *Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity*, para. 62–65, U.N. Doc. A/HRC/19/41 (17 novembre 2011); D. Rayside, *ivi*.
- 22 Si veda ad esempio, U.N. High Commissioner for Human Rights, *ivi*, para. 38–39; *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, ivi*, pp. 51–69; Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *ivi*, pp. 33–35; S. Jansen & T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia: Asylum Claims related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, 2011; A. Jernow, *ivi*, pp. 285–305.
- 23 Si veda ad esempio, I. Curry-Summer, *All's Well that Ends Registered?: The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships In Europe*, 2005; M.Y.K. Lee, *Equality, Dignity, and Same-Sex Marriage: A Rights Disagreement in Democratic Societies*, 2010; K. Boele-Woelki & A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe: National, Cross-Border and European Perspectives*, 2012 (2d ed.); R. Wintemute & M. Andenæs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, 2001; Y. Merin, *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, 2002; J. Rydström, *Odd Couples: A History of Gay Marriage in Scandinavia*, 2011; B. Verschraegen, *Gleichgeschlechtliche "Ehen"*, 1994; K. Waaldijk & E. Fassin, *Droit conjugal et unions du même sexe-mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, 2008; K. Waaldijk et Al., *More or Less Together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and Registered Partnership for Different-Sex and Same-Sex Partners: A Comparative Study of Nine European Countries*, 2005; M. Coester, *Same-Sex Relationships: A Comparative Assessment of Legal Developments across Europe*, in *European Journal of Law Reform*, 2002, 4, p. 585; W.N. Eskridge et Al., *Nordic Bliss? Scandinavian Registered Partnerships and the Same-Sex*

- riconoscimento o mancato riconoscimento dell'omogenitorialità<sup>24</sup>.

Il mio intento è quello di capire se esiste una sistematicità o per lo meno un denominatore comune nei diversi fenomeni che compongono il campo estremamente variegato del diritto dell'orientamento sessuale. In altre parole, sono alla ricerca di un orientamento per il diritto dell'orientamento sessuale, una chiave di lettura per il diritto dell'orientamento sessuale e la sua evoluzione.

A questo proposito sostengo la tesi secondo cui il diritto di instaurare e sviluppare relazioni può essere considerato il comune denominatore di tutti i principali fenomeni nel campo del diritto dell'orientamento sessuale<sup>25</sup>. Questo perché l'orientamento sessuale è strettamente connesso al relazionarsi con gli altri. L'orientamento sessuale riguarda i comportamenti intimi, le relazioni amorose o sessuali e/o l'attrazione tra persone, che possono essere dello stesso genere o di genere diverso, insomma, di qualsiasi genere. Il diritto di instaurare e sviluppare relazioni è stato riconosciuto come uno degli aspetti che compongono il diritto fondamentale al rispetto della vita privata. Oggi la Corte europea dei diritti umani e la Corte interamericana dei diritti umani, nonché le Corti supreme di numerosi Paesi, riconoscono tutte questo diritto<sup>26</sup>, che propongo appunto di chiamare "*right to relate*" o diritto di relazionarsi.

Tale diritto può quindi aiutarci a capire meglio alcune delle problematiche relative al diritto dell'orientamento sessuale e, soprattutto, la direzione in cui ci si sta muovendo.

### 3. Studi comparati

L'esigenza di individuare un comune denominatore è particolarmente pressante quando si intraprendono studi giuridici comparati sull'orientamento sessuale, ovvero ciò che mi propongo di fare nell'ambito di questa cattedra in "diritto comparato dell'orientamento sessuale".

Il diritto comparato tradizionale mette a confronto leggi simili in sistemi giuridici diversi o soluzioni diverse adottate per problemi simili in sistemi diversi<sup>27</sup>. Analizzando soluzioni diverse per problemi simili, i comparatisti cercano l'equivalenza funzionale, ovvero "*institutions performing the same role or solving the same problem*"<sup>28</sup>. Valutare se determinate leggi o problemi siano sufficientemente "simili" da essere comparabili ha dato adito a notevoli dibattiti accademici. È stata proposta una risposta convincente, ovvero che "*any thing can be compared with any other thing*"<sup>29</sup>.

In generale, nel campo del diritto dell'orientamento sessuale, la questione della comparabilità non pone grossi problemi. Nel mondo vi sono numerosi leggi, più o meno simili, che hanno per oggetto problematiche analoghe.

Inizierò citando alcuni esempi di leggi simili e comparabili. La maggior parte dei Paesi del mondo ha, o ha avuto in passato, norme specifiche che criminalizzano o criminalizzavano determinate forme

*Marriage Debate*, in *Issues in Legal Scholarship*, 2004, 4, art. 4; C. Forder, *European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2000, 17, p. 371.

24 Si veda ad esempio, K. Boele-Woelki & A. Fuchs (eds.), *ivi*; N.G. Maxwell & C.J. Forder, *The Inadequacies in U.S. and Dutch Adoption Law to Establish Same-Sex Couples as Legal Parents: A Call for Recognizing Intentional Parenthood*, in *Family Law Quarterly*, 2004, 38, p. 623; N.D. Polikoff, *Recognizing Partners but not Parents/Recognizing Parents but not Partners: Gay and Lesbian Family Law in Europe and the United States*, in *New York Law School Journal of Human Rights*, 2000, 17, p. 711; K. Waaldijk et Al., *ivi*.

25 Un'argomentazione simile è stata proposta da Eric Gitari. Si veda *The Freedom of Intimate Association for Sexual and Gender Outlaws*, in *Identity Kenya*, 2012, p. 28, [http://issuu.com/denisnzioka/docs/identity\\_magazine\\_february\\_2012\\_issue](http://issuu.com/denisnzioka/docs/identity_magazine_february_2012_issue) (l'autore definisce il diritto di instaurare e sviluppare relazioni un "*golden thread [that lies behind almost every concern in all sexual orientations]*").

26 Si veda ad esempio, *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 617 (1984); *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC), p. 30, para. 32 (Sud Africa); Commissione europea dei diritti umani, 1976, X c. *Iceland*, n. 6825/74, para. 86 ss.; Ead., 1992, *Niemietz c. Germania*, para. 29; Corte Inter-Americana dei diritti umani, 30 agosto 2010, *Fernández Ortega c. Messico*, para. 129. In ciascuno di questi casi, le rispettive istituzioni hanno articolato per la prima volta un diritto di instaurare e sviluppare relazioni umane (con variazioni minime a livello linguistico). Per maggiori dettagli, si veda *infra* paragrafo 5.

27 Per una panoramica sulla filosofia alla base del concetto di comparabilità, nell'ambito del diritto comparato, si veda E. Özücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, 2004, pp. 19 ss.

28 E. Özücü, *Methodological Aspects of Comparative Law*, in *European Journal of Law Reform*, 2006, 8, p. 33.

29 E. Özücü, *The Enigma of Comparative Law*, *ivi*, p. 20.

di rapporti omosessuali<sup>30</sup>. Analogamente, tutti i Paesi del mondo hanno, o hanno avuto, disposizioni implicite o esplicite che escludono o escludevano l'accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso<sup>31</sup>. D'altro canto, un numero crescente di Paesi sta adottando norme che vietano forme di discriminazione anti-omosessuale a vari livelli<sup>32</sup>, oppure riconosce alle coppie dello stesso sesso l'accesso a tutti o ad alcuni dei benefici legati al matrimonio, tramite iniziative legislative o decisioni giudiziarie<sup>33</sup>. Tali leggi sono comparabili in termini di dettagli legislativi, portata geografica, storia politica o applicazione pratica. Il confronto tra leggi molto diverse tra loro nel campo dell'orientamento sessuale è comunque possibile e, anzi, particolarmente interessante. Bisogna infatti considerare che, in questa branca del diritto, le leggi sui reati sessuali, il matrimonio, la genitorialità, la discriminazione, gli episodi di violenza, l'asilo e l'informazione sono tutte fondate su un problema di base. Esso deriva, in quasi tutti i Paesi del mondo, dallo scontro tra due dati di fatto. Prima di tutto, il fatto che un segmento della popolazione in qualunque Paese del mondo, che io sappia, nutre riserve nei confronti dei comportamenti intimi e/o delle relazioni amorose tra persone dello stesso sesso<sup>34</sup>. In secondo luogo, il fatto che un segmento di qualunque popolazione è orientato, a livello di attrazione, comportamento o relazioni, verso persone dello stesso sesso (o di entrambi i sessi)<sup>35</sup>. Per cercare di ovviare al problema derivante da questi due fatti conflittuali sono state varate leggi in varie branche del diritto (penale, della famiglia e anti-discriminazione), sono state promosse disposizioni occasionali sulla regolamentazione dell'informazione<sup>36</sup> e sono state individuate soluzioni normative di altro tipo. Tali iniziative hanno lo scopo o di limitare o di aumentare le possibilità di relazionarsi con persone dello stesso sesso<sup>37</sup>. Si può pertanto affermare che tutte le leggi (in materia penale, del lavoro, della famiglia o in altre branche del diritto) che limitano queste possibilità si equivalgono dal punto di vista funzionale, e lo stesso vale per le leggi che aumentano tali possibilità. Anche per questo motivo è possibile rintracciare nel diritto di relazionarsi il comune denominatore degli studi di diritto comparato in materia di orientamento sessuale<sup>38</sup>.

- 
- 30 Per un elenco di almeno 76 Paesi che ad oggi criminalizzano gli atti omosessuali e per informazioni dettagliate sulle normative correlate, si veda L. Paoli Itaborahy & J. Zhu, *Int'l Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Ass'n, State-Sponsored Homophobia – A World Survey of Laws: Criminalisation, Protection and Recognition of Same-Sex Love*, 2013, [http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2013.pdf](http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013.pdf).
- 31 *Ivi*, p. 30 (elenco di Paesi in cui è presente il matrimonio per le coppie dello stesso sesso).
- 32 *Ivi*, pp. 25 ss. (elenco di Paesi che vietano la discriminazione basata sull'orientamento sessuale a livello costituzionale o in ambito lavorativo).
- 33 *Ivi*, p. 31 (elenco di Paesi in cui attualmente è presente il matrimonio per le coppie dello stesso sesso o che comunque concedono alcuni o tutti i diritti legati al matrimonio).
- 34 Alla base dell'approccio funzionalista al diritto comparato vi è l'idea secondo cui esistono problemi ed esigenze comuni a tutte le società. E. Özücü, *Methodological Aspects*, *ivi*, p. 33. Diversi studi sembrano confermare questa affermazione sulle riserve nei confronti dell'omosessualità. Si veda ad esempio, *Online Data Analysis, World Values Survey*, [www.wvsevsdb.com/wvs/WVSAanalyzeStudy.jsp](http://www.wvsevsdb.com/wvs/WVSAanalyzeStudy.jsp) (la fonte documenta, in modo abbastanza crudo, la percentuale di partecipanti al sondaggio che non vorrebbe avere vicini "omosessuali" o che considera "l'omosessualità" sempre giustificata, mai giustificata o una via di mezzo; per accedere ai risultati di queste due domande occorre selezionare gli anni e i paesi di riferimento e quindi cercare le parole "homosexuals" e "homosexuality").
- 35 Si veda E. Cameron, *Constitutional Protection of Sexual Orientation and African Conceptions of Humanity*, *South African Law Journal*, 2001, 118, p. 649 ("We know that at all stages of human existence, people of the same sex have been erotically and emotionally attracted to each other and have found affinity and bonding and commitment with each other – on all continents, in all peoples, amongst all cultures and at all times and all places").
- 36 Si veda Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, *Fedotova c. Russia*, comunicazione n. 1932/2010, U.N. Doc. CCPR/C/106 (31 ottobre 2012) (vengono condannate le leggi che vietano la propaganda omosessuale, come quelle recentemente adottate a livello locale e ora anche a livello nazionale in Russia). Si veda anche Comitato europeo dei diritti sociali, 30 marzo 2009, *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) c. Croatia*, n. 45/2007, [www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC45Merits\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC45Merits_en.pdf) (viene richiesta la disponibilità di un minimo di informazioni imparziali nelle scuole).
- 37 L'intenzione dietro alcune di queste leggi, a differenza della loro funzione, potrebbe essere quella di trovare un equilibrio tra la richiesta di limitare e la richiesta di aumentare le possibilità di intraprendere relazioni tra persone dello stesso sesso. Si veda K. Waaldijk, *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, *ivi*, pp. 437, 440 (il concetto che io chiamo "law of small change" viene descritto nel modo seguente: "any legislative change advancing the recognition and acceptance of homosexuality will only be enacted, if that change is either perceived as small, or if that change is sufficiently reduced in impact by some accompanying legislative 'small change' that reinforces the condemnation of homosexuality").
- 38 Alcuni comparatisti potrebbero definire questo diritto un possibile "tertium comparationis". Si veda, E. Özücü, *Methodological Aspects*, *ivi*, p. 36 (dove il concetto di "tertium comparationis" viene definito "a common comparative denominator as the third unit



Il concetto di equivalenza funzionale sottolinea inoltre la possibilità che fenomeni non giuridici, quali il bullismo, i pestaggi o le intimidazioni, gli stupri correttivi, il rifiuto per un posto di lavoro, lo sfratto, l'istruzione di parte o qualsiasi altra forma non ufficiale di omofobia, possano anch'essi limitare le possibilità di relazionarsi per le persone dello stesso sesso. Questi fenomeni includono tutti quei modi, più o meno sottili, attraverso cui l'eterosessualità viene promossa o resa obbligatoria, socialmente o culturalmente<sup>39</sup>. Gli effetti di tali fenomeni non giuridici sono spesso identici a quelli delle leggi contro gli omosessuali. Ad esempio, in un Paese in cui il diritto penale proibisce esclusivamente i rapporti omosessuali tra uomini, è possibile che i rapporti tra donne vengano repressi in modo ancora più incisivo tramite meccanismi sociali che rendono obbligatoria l'eterosessualità. Dunque, leggi e pratiche anti-omosessuali sembrano essere funzionalmente equivalenti. Entrambe possono avere un impatto molto negativo non solo sulle vittime dirette, ma anche su tutte le altre persone lesbiche, gay, bisessuali, intersessuali e transgender. Qualsiasi forma di omofobia, ufficializzata o meno, può determinare paura in molte persone. Può terrorizzare altri soggetti oltre alle vittime dirette<sup>40</sup>, portandoli a chiudersi nella segretezza, nell'astinenza e nella solitudine. Questa paura può sfociare in gravi forme di sofferenza, disprezzo di sé e addirittura al suicidio<sup>41</sup>. Diversi studi hanno dimostrato che le persone lesbiche, gay e bisessuali sono due volte più a rischio di tentare il suicidio o di prenderlo in considerazione rispetto agli eterosessuali<sup>42</sup>. Sembra probabile che le leggi e le pratiche anti-omosessuali siano almeno in parte responsabili<sup>43</sup>.

Analogamente e all'opposto, sembra esservi un'equivalenza funzionale tra leggi di depenalizzazione, anti-discriminazione e riconoscimento legale delle unioni civili, da un lato, e strumenti non giuridici, quali l'uso di informazioni imparziali nel campo dell'istruzione o l'espressione di dichiarazioni di solidarietà da parte degli opinion leader, dall'altro<sup>44</sup>. Questo insieme di fenomeni giuridici e non può aiutare le persone a sentirsi al sicuro e sufficientemente forti da instaurare e sviluppare relazioni con persone dello stesso sesso.

Il diritto di relazionarsi può quindi fungere da comune denominatore nell'ambito degli studi giuridici comparati sull'orientamento sessuale. Ciò non significa sottovalutare le molteplici differenze tra i vari Paesi e le varie regioni del mondo. Al contrario, uno studio comparativo mette in evidenza tali differenze, così come le possibili dinamiche di convergenza e divergenza<sup>45</sup>. Il primo passo nella ricerca

*besides the two legal... elements to be compared").*

- 39 Si veda V. Clarke et Al., *ivi*, p. 121 (viene citata A. Rich, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, in *Blood, Bread, And Poetry*, 1980, dove vengono discusse alcune di esse, tra cui pressioni di natura sociale, culturale o economica verso il matrimonio, i matrimoni combinati, il fatto di trovare un partner adeguato da portare al ballo della scuola, le terapie curative dell'omosessualità e lo stupro "correttivo").
- 40 In questo senso gli atti di violenza contro gli omosessuali (e le altre forme di omofobia) condividono una caratteristica chiave con il terrorismo. Spesso viene citata l'affermazione di Bruce Hoffmann secondo cui il terrorismo "ha lo scopo di produrre effetti psicologici che si estendono ben oltre le vittime immediate di un attacco" ("*terrorism is meant to produce psychological effects that reach far beyond the immediate victims of the attack*"). Si veda B. Hoffman, *The Logic of Suicide Terrorism*, in *Atlantic*, 2003, p. 40, [www.theatlantic.com/past/docs/issues/2003/06/hoffman.htm](http://www.theatlantic.com/past/docs/issues/2003/06/hoffman.htm).
- 41 V. Clarke et Al., *ivi*, p. 135.
- 42 *Ivi*, p. 137; M. King et Al., *A Systematic Review of Mental Disorder, Suicide, and Deliberate Self Harm in Lesbian, Gay and Bisexual People*, in *Bmc Psychiatry*, 2008, 8, p. 83, [www.biomedcentral.com/content/pdf/1471-244X-8-70.pdf](http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1471-244X-8-70.pdf). Si veda anche N. Kooiman, *Zelfacceptatie, psychisch welbevinden en suicidaliteit*, in *Niet Te Ver Uit De Kast. Ervaringen Van Homo- En Biseksuelen In Nederland*, S. Keuzenkamp et Al. (eds.), 2012, p. 74, [www.scp.nl/content.jsp?objectid=29563](http://www.scp.nl/content.jsp?objectid=29563) (le cifre riportate dall'autore suggeriscono che i pensieri suicidi siano molto più diffusi tra gli uomini gay e le donne lesbiche rispetto alla media della popolazione).
- 43 Si veda M. King et Al., *ivi*, p. 84 ("*It is likely that the social hostility, stigma and discrimination that most LGB people experience is at least part of the reason for the higher rates of psychological morbidity observed*"); N. Kooiman, *ivi*, p. 75 (la fonte indica che gli omosessuali non accettati dai genitori o che hanno ricevuto reazioni negative in risposta al loro orientamento sessuale sono maggiormente esposti a pensieri suicidi).
- 44 Si veda ad esempio, U.N. Secretary-General, *Video Message: Panel Discussion on Sexual Orientation and Gender Identity*, 22nd Meeting, 7 marzo 2012, [www.unmultimedia.org/tv/webcast/2012/03/secretary-general-video-msg-panel-discussion-sexual-orientation-and-gender-identity-22nd-meeting.html](http://www.unmultimedia.org/tv/webcast/2012/03/secretary-general-video-msg-panel-discussion-sexual-orientation-and-gender-identity-22nd-meeting.html) (trascrizione disponibile su [www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=5900](http://www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=5900)), discorso al Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite contro tale violenza. Una versione "remixata" del discorso del Segretario Generale è diventata molto popolare su YouTube. AllOutorg, *\*\*Inspiring Video\*\* Ban Ki-Moon: The Time Has Come. REMIX!*, 21 marzo 2012, [www.youtube.com/watch?v=UizJUQIbq4](http://www.youtube.com/watch?v=UizJUQIbq4).
- 45 Si veda ad esempio, J.D. Wilets, *From Divergence to Convergence?: A Comparative and International Law Analysis of LGBTI Rights in the Context of Race and Post-Colonialism*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2011, 21, pp. 684 s.: "*[There is a] growing convergence in state policies towards LGBTI rights in South America, Europe, Oceania, and North America. Even the markedly divergent approaches... between the United States and many of the world's industrialized democracies appear to be diminishing to some*



giuridica comparata è la concettualizzazione, ovvero “*the recognition of the need for a level of abstraction of concepts*”<sup>46</sup>.

#### 4. Sessuale?

Probabilmente anche i concetti di sesso, genere o attività sessuale potrebbero essere candidati a comune denominatore per il diritto dell'orientamento sessuale. Si porrebbero tuttavia alcune problematiche. L'atteggiamento rispetto al sesso, al genere e all'attività sessuale può in effetti assumere rilevanza nello spiegare il motivo per cui vi è un così alto livello di pregiudizio ed esclusione verso alcuni orientamenti sessuali. Eppure, sesso, genere e attività sessuale non riescono a spiegare esaurientemente perché l'orientamento omosessuale dovrebbe essere protetto da certi tipi di discriminazione, o perché l'intimità e le relazioni tra persone dello stesso sesso dovrebbero essere riconosciute, né tanto meno perché in molte parti del mondo esse stanno gradualmente ricevendo forme di riconoscimento giuridico.

Inoltre, il significato delle parole “sesso” e “genere” appare ambiguo, specialmente nell'ambito dell'orientamento sessuale. Chiedete a una persona omosessuale o eterosessuale se preferisce una persona di un particolare genere o una persona di un particolare sesso: chiunque rimarrà interdetto<sup>47</sup>. Anche se alcuni tra noi riescono a operare una distinzione teorica tra i concetti di genere e sesso, raramente siamo in grado di distinguere tra il sesso e il genere della persona che amiamo. Nel diritto, come nella vita reale, le parole sesso e genere sono per lo più impiegate come sinonimi<sup>48</sup>. Ma la parola “sesso” (o “sex” in inglese), in senso ampio, copre solamente un'accezione del termine, ovvero il sesso di appartenenza di una persona<sup>49</sup>.

L'altra accezione della parola “sesso” fa riferimento al concetto di sessualità (ovvero di attività sessuale). Nell'ambito dell'orientamento sessuale, tuttavia, le due accezioni sono correlate: molte persone preferiscono fare sesso con persone di un genere preciso. Tale correlazione non è perfettamente chiara, in quanto viene vissuta in modo diverso dalle persone. La nostra predilezione per persone di un particolare genere riguarda unicamente il sesso? Oppure questa preferenza riguarda anche altre forme di contatto? In tale caso, desideriamo queste forme di contatto perché vogliamo fare sesso o vogliamo fare sesso perché desideriamo anche altre forme di contatto? In altri termini, quando ci innamoriamo di qualcuno di un particolare genere, si tratta della causa o dell'effetto del nostro desiderio di fare sesso con quella persona? O in realtà è la stessa cosa? Forse gli studiosi di altre discipline saranno in grado di trovare una risposta a questi enigmi<sup>50</sup>.

Per la maggior parte delle persone che si innamorano di qualcuno, risulterà praticamente impossibile capire in quale misura i loro sentimenti possono essere attribuiti al sesso o al genere dell'innamorato/a, oppure alla prospettiva di un'attività sessuale e/o d'altro tipo con quella persona. Nell'ambito dell'o-

---

*extent... There continues to be a divergence in the legal approach to same-sex relationships among those states that were once British colonies and, to a lesser extent, colonies of other European powers”.*

46 E. Örüçü, *Methodological Aspects*, *ivi*, p. 37.

47 Questa confusione esiste anche nella ricerca accademica in sessuologia, a giudicare dall'analisi critica della letteratura operata da Michael Kauth. Si veda M. Kauth, *Revealing Assumptions: Explicating Sexual Orientation and Promoting Conceptual Integrity*, in *Journal of Bisexuality*, 2005, 5, pp. 82 s., in cui l'autore descrive l'imprecisione con cui numerosi articoli accademici hanno affrontato i due concetti, spesso includendo pregiudizi sociali nelle rispettive analisi.

48 Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite utilizza le parole “sex” e “gender” (così come le espressioni “sex-based” e “gender-based”) in modo intercambiabile. Si veda ad esempio, *Office of the High Commissioner for Human Rights, CCPR General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women)*, 2000, U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.10; Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights* (art. 2, para. 2, of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), 2009, para. 20, U.N. Doc E/C.12/GC/20, in cui si afferma “[T]he notion of the prohibited ground ‘sex’ has evolved considerably to cover not only physiological characteristics but also the social construction of gender stereotypes, prejudices and expected roles, which have created obstacles to the equal fulfilment of economic, social and cultural rights”.

49 In olandese, il sesso di appartenenza è chiamato “seks”, mentre l'attività sessuale è identificata dalla parola “seks”. Tuttavia, l'aggettivo corrispondente (come avviene anche in italiano o in inglese) in entrambi i casi è “seksueel” (sessuale) che, a mio parere, funge da aggettivo principale anche per il sostantivo “genere”.

50 M. Kauth fornisce una valutazione critica del contributo degli studiosi in questo settore. Si veda M. Kauth, *ivi*, p. 82: *recognizing one's own implicit conceptual assumptions is not easy and may explain in part the lack of conceptual clarity about sexual orientation in the literature*.

rientamento sessuale si utilizza un unico aggettivo (“sessuale”) per fare riferimento al sesso dei partner, al loro genere e all’attività sessuale che potrebbe avere luogo tra di loro<sup>51</sup>.

Il concetto di “sesso” (o “sessualità”) appare pertanto troppo complesso e confuso per fungere da filo conduttore in una neonata branca del diritto. Inoltre, un approccio al diritto dell’orientamento sessuale nell’ottica dei diritti umani parte proprio dal presupposto che il sesso, il genere e la sessualità dovrebbero essere giuridicamente irrilevanti. La legge dovrebbe essere indifferente al sesso o al genere delle parti coinvolte e, in generale, al carattere sessuale o meno della relazione sentimentale. Non a caso, il riconoscimento giuridico dell’amore eterosessuale (ad esempio negli istituti del matrimonio o della convivenza) va ben oltre gli aspetti sessuali della relazione; si pensi alla potestà genitoriale, alla pensione di reversibilità, agli alimenti, ecc.). Analogamente, anche il diritto dell’orientamento sessuale va oltre la sessualità. Per questo motivo, l’impiego della parola “sessualità” come sinonimo di “orientamento sessuale” (o come termine generico per omosessualità, eterosessualità e bisessualità) è impreciso e fuorviante. Inoltre, non tutte le persone lesbiche, gay o bisessuali vogliono essere definite come esseri sessuali o come rientranti nella dicotomia maschile/femminile.

Per tutti questi motivi, nella ricerca di un comune denominatore per il diritto dell’orientamento sessuale, sesso, genere e sessualità possono essere tranquillamente scartati.

## 5. Orientamento!

Oggi intendo proporre che l’orientamento costituisce l’aspetto fondamentale dell’orientamento sessuale e che la chiave di lettura del diritto comparato dell’orientamento sessuale risiede nel diritto di relazionarsi<sup>52</sup>. Questo vale non solo per le relazioni, ma anche per i comportamenti e l’attrazione tra persone dello stesso sesso o di sesso opposto, così come per le identità lesbica, gay e bisessuale, gli stili di vita e le espressioni associate. Tutti questi concetti ruotano intorno al fatto di essere orientati verso una o più persone o, in altre parole, di relazionarsi con gli altri<sup>53</sup>. Il diritto non dovrebbe essere indifferente a queste tematiche.

Il fatto che l’omosessualità abbia a che fare con sesso, genere e sessualità potrebbe spiegare gran parte dell’ostilità nei confronti del comportamento, delle relazioni e degli individui omosessuali. Il fatto che l’omosessualità sia un orientamento, invece, può spiegare perché questa ostilità giuridica e sociale abbia causato così tanta sofferenza. Molti ostacoli giuridici e sociali all’affettività tra persone dello stesso sesso hanno frustrato — e continuano a frustrare — le persone andando a colpire uno dei più basilari bisogni umani, quello di relazionarsi con gli altri. Lo stretto legame tra omosessualità e questo bisogno può altresì spiegare perché la legge, in molte parti del mondo, si stia lentamente avvicinando alle persone omosessuali<sup>54</sup>. Un notevole progresso è stato compiuto attraverso il riconoscimento giuridico dell’o-

51 Nella parola “omosessuale”, il suffisso “-sessuale” assolve alle stesse funzioni. Si veda K. Waaldijk, *“Handelingen welke de indruk konden wekken van tederheden zoals die tussen geliefden plegen te worden gewisseld” – Over de woorden die de rechter gebruikt om homoseksualiteit aan te duiden 1*, 1981 (paper non pubblicato, Università di Amsterdam e Università Erasmus di Rotterdam). L’autore esplora la duplice funzione di questa parte della parola “homoseksualiteit” (disponibile presso il *Duke Journal of Comparative and International Law*).

52 Si veda *supra* paragrafo 2.

53 Un punto che non approfondirò ulteriormente in questa sede riguarda l’affermazione secondo cui “[t]he ways a human being ‘chooses’ to be and to relate to others are mutually dependent”. M. Grigolo, *Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject*, *European Journal of International Law*, 2003, 14, p. 1042. Lo stretto legame tra “relazionarsi” ed “essere” è stato riconosciuto anche nel campo della psicologia. Si veda S.J. Hanley & S.C. Abell, *Maslow and Relatedness: Creating an Interpersonal Model of Self-Actualization*, in *Journal of Humanistic Psychology*, 2002, 42, pp. 38 s., ove gli autori criticano Maslow per il fatto di presentare le relazioni come semplici “strumenti” con cui “soddisfare i bisogni di amore e appartenenza”, e p. 55 in cui gli autori parlano di “relatedness” — addirittura di “poetry of relatedness” — e della nostra “capacità di estenderci, nell’ambito delle relazioni, reciprocamente verso gli altri e verso il mondo circostante”.

54 Si è assistito a un notevole cambio di opinioni in seno al Comitato sui diritti umani delle Nazioni unite. Si veda *Fedotova c. Russia*, *ivi*, in cui un divieto amministrativo regionale imposto sulla “propaganda dell’omosessualità fra i minori” è considerato una violazione dei diritti umani (virgolette interne omesse); *Hertzberg c. Finlandia*, 2 aprile 1982, comunicazione n. 61/1979, para. 161, in cui il divieto previsto dal codice penale finlandese di “incoraggiare comportamenti indecenti tra persone dello stesso sesso” non è considerato una violazione dei diritti umani. Per un esempio di un importante cambiamento a livello della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, come in *Schalk & Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010.

omosessualità in molti Paesi e in molte organizzazioni internazionali<sup>55</sup>. Possiamo affermare con una certa sicurezza che tale progresso è stato ampiamente favorito dal riconoscimento (da parte di un crescente numero di legislatori, giudici e altre persone) del fatto che l'omosessualità non è solo una questione di sesso, genere e sessualità, bensì principalmente una questione di relazioni tra persone, una questione di affetto e amore.

Relazionarsi con altri esseri umani è un'attività essenzialmente umana, come mangiare o essere creativi. Lo psicologo Abraham Maslow profilò eloquentemente il fatto di relazionarsi ("*relating*") come bisogno umano fondamentale nel 1943<sup>56</sup>. La sua teoria è stata divulgata, criticata e sviluppata da numerosi altri studiosi<sup>57</sup>. Maslow sottolineava che il bisogno di amore ("*love needs*") e il bisogno di amore, affetto e appartenenza<sup>58</sup> sono concetti che "implicano dare e ricevere amore" e che "la repressione di tali bisogni è l'elemento riscontrato più di frequente nei casi di disadattamento e di psicopatologie più gravi"<sup>59</sup>. Evidenziava inoltre che "amore non è sinonimo di sesso", bensì può includere "*friends, or a sweetheart, or a wife, or children*" così come "relazioni affettive con le persone in genere [...] un posto nel proprio gruppo"<sup>60</sup>. Questi assunti sembrano essere i diretti precursori della terminologia relativa al diritto fondamentale di instaurare e sviluppare relazioni con gli altri, che le corti hanno iniziato a utilizzare nell'ultimo quarto del XX secolo.

Un esercizio molto comune nei corsi sui diritti umani consiste nel confrontare le varie categorie di bisogni umani individuate da Maslow nel 1943 con i vari diritti umani elencati nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1947<sup>61</sup>. I paralleli sono molteplici, dal legame tra i "bisogni fisiologici" di Maslow e il diritto al cibo incluso nella Dichiarazione universale<sup>62</sup>, fino all'analogia tra i "bisogni di sicurezza" di Maslow e il diritto alla sicurezza della propria persona sancito dalla Dichiarazione universale<sup>63</sup> e tra il "bisogno di autoaggiornamento" di Maslow e i diritti legati all'istruzione e alla cultura inclusi nella Dichiarazione universale<sup>64</sup>. Con l'eccezione degli articoli sul matrimonio<sup>65</sup> e la famiglia,<sup>66</sup> tuttavia, le parole "amore" e "affetto" non sono state incluse nel testo della Dichiarazione universale. Così come "amicizia" o "relazione". Lo stesso discorso vale per tutti i trattati sui diritti umani adottati in seguito<sup>67</sup>.

Solamente nel maggio del 1976 è stato riconosciuto il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con gli altri esseri umani ("*the right to establish and to develop relationships with other human beings*"), quando la Commissione europea dei diritti umani considerò l'inclusione di tale diritto ("*to a certain degree*") nel diritto al rispetto della vita privata, espressamente sancito dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani. La commissione ha richiamato tale diritto in due casi. Nel primo, *X c. Islanda*, relativo al divieto imposto dalla città di Reykjavik di tenere cani, ha affermato:

*The question before the commission [...] is [...] whether the keeping of a dog belongs to "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention.*

*For numerous Anglo-Saxon and French authors the right to respect for "private life" is the right to privacy, the right to live, as far as one wishes, protected from publicity.*

55 Si veda L. Paoli Itaborahy & J. Zhu, *ivi*, pp. 20 ss., in cui è presente un elenco delle situazioni giuridiche in tutti i paesi del mondo con indicazione degli anni in cui sono intervenuti i cambiamenti giuridici più importanti; K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *ivi*, pp. 204 ss., ove gli autori tracciano le rapidissime evoluzioni giuridiche in materia di orientamento sessuale in Europa a partire dagli anni '80.

56 A.H. Maslow, *A Theory of Human Motivation*, 50 *Psychology Review*, 1943, 50, p. 380.

57 Si veda ad esempio, S.J. Hanley & S.C. Abell, *ivi*.

58 A.H. Maslow, *ivi*.

59 *Ivi*, p. 381.

60 *Ivi*.

61 Si veda anche J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2003, 2 ed., p. 14. Gli autori criticano il fatto di fondare i diritti umani su bisogni umani e affermano che "[h]uman rights are 'needed' not for life but for a life of dignity".

62 Dichiarazione universale dei diritti umani, *ivi*, art. 25; A.H. Maslow, *ivi*, p. 372.

63 Dichiarazione universale dei diritti umani, *ivi*, art. 3; A.H. Maslow, *ivi*, p. 376.

64 Dichiarazione universale dei diritti umani, *ivi*, art. 22 and 26; A.H. Maslow, *ivi*, p. 382.

65 Dichiarazione universale dei diritti umani, *ivi*, art. 16.

66 *Ivi*, artt. 12, 16, 23, 25.

67 Si veda anche Unione Africana, *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 28, 27 giugno 1981, 1520 U.N.T.S. 217, in cui si afferma che "[e]very individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance".

*In the opinion of the Commission, however, the right to respect for private life does not end there. It comprises also, to a certain degree, the right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and fulfilment of one's own personality*<sup>68</sup>.

Il secondo caso, deciso il giorno successivo, metteva in discussione la disciplina sull'aborto in Germania. Citando *X c. Islanda* ed enfatizzando l'espressione "to a certain degree" (entro una certa misura), la Commissione aggiunse che "[...] therefore sexual life is also part of private life; and in particular that legal regulation of abortion is an intervention in private life which may or may not be justified under Article 8(2)"<sup>69</sup>.

Nel 1984 la Corte suprema degli Stati Uniti sosteneva che "choices to enter into and maintain certain intimate human relationships must be secured against undue intrusion by the State"<sup>70</sup>. Derivando la sua posizione da due argomentazioni precedenti, la Corte ha caratterizzato questo diritto come "freedom of intimate association"<sup>71</sup>.

Tenuto conto del dibattito di alto profilo intorno alla questione dell'aborto in Europa e negli Stati Uniti all'epoca<sup>72</sup>, sembra probabile che la Corte fosse a conoscenza delle decisioni della Commissione. È ancora più probabile che la Corte abbia voluto richiamare, almeno in parte, un articolo di Karst del 1980<sup>73</sup>, sebbene la sua definizione di "intimate association" si discosti leggermente da quella data dalla Corte. Karst non fa riferimento a Maslow, né alla Commissione. Citando svariati psicologi<sup>74</sup>, egli coniò l'espressione "freedom of intimate association" basandosi sulla decisione della Corte in *Griswold v. Connecticut*<sup>75</sup>, un caso riguardante il diritto di una coppia sposata di ricorrere alla contraccezione, in cui la Corte aveva utilizzato le parole "intimate" e "association" per definire il matrimonio<sup>76</sup>. Tali parole potrebbero benissimo essere un richiamo agli scritti di John Witherspoon. Verso la fine del XVIII secolo, questi stilò una lista dei cosiddetti "perfect rights in a state of natural liberty", incluso il diritto di un uomo "to associate, if he is so incline, with any person or persons, whom he can persuade (not force) — Under this is contained the right to marriage"<sup>77</sup>. La formulazione di Witherspoon potrebbe essere sufficientemente astratta da supportare l'articolazione di un "diritto alla vita intima" che vada oltre il matrimonio<sup>78</sup>.

Nel 1976 è probabile che la Commissione fosse a conoscenza del famoso caso *Griswold*. Ciò non spiega tuttavia perché la Commissione abbia trovato l'ispirazione proprio quell'anno per articolare un

68 "La questione all'esame della commissione [...] è [...] se il fatto di tenere un cane rientri nel concetto di "vita privata" ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione. Secondo numerosi autori anglosassoni e francesi, il diritto al rispetto della "vita privata" coincide con il diritto alla privacy, il diritto di vivere, se lo si desidera, al riparo dalla sfera pubblica. È opinione della commissione, tuttavia, che il diritto al rispetto della vita familiare non si limiti a ciò. Esso comprende anche, in una certa misura, il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani, specialmente sotto il profilo emotivo, per lo sviluppo e la realizzazione della propria personalità" [NdT], *X c. Islanda*, *ivi* (citazioni omesse).

69 "[...] pertanto la vita sessuale è anch'essa parte della vita privata; e, in particolare, la regolamentazione legale dell'aborto costituisce un intervento nella vita privata che può o meno essere giustificato ai sensi dell'art. 8(2)" [NdT], Commissione europea dei diritti umani, 1976, *Brüggemann c. Germania*, n. 6959/75.

70 "[...] la scelta di intraprendere e portare avanti determinate relazioni umane di natura intima deve essere protetta dall'indebita intrusione da parte dello Stato" [NdT], *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 617–18 (1984).

71 Si veda *ivi*. pp. 617 s.: "Our decisions have referred to constitutionally protected 'freedom of association' in two distinct senses. In one line of decisions, the Court has concluded that choices to enter into and maintain certain intimate human relationships must be secured against undue intrusion by the State because of the role of such relationships in safeguarding the individual freedom that is central to our constitutional scheme. In this respect, freedom of association receives protection as a fundamental element of personal liberty. In another set of decisions, the Court has recognized a right to associate for the purpose of engaging in those activities protected by the First Amendment — speech, assembly, petition for the redress of grievances, and the exercise of religion".

72 Le analogie linguistiche tra le espressioni utilizzate nella decisione europea e in quella americana sono evidenti, ma l'autore non è stato in grado di dedurre se la Corte suprema degli Stati Uniti abbia tratto ispirazione, direttamente o indirettamente, dalle decisioni della Commissione europea dei diritti umani. Né ha scoperto se la Corte o la Commissione si sono basate sul lavoro di Maslow o su altra letteratura nel campo della psicologia.

73 K.L. Karst, *The Freedom of Intimate Association*, in *Yale Law Journal*, 1980, 89, p. 624.

74 *Ivi*, p. 632.

75 Corte Suprema degli Stati Uniti, 381 U.S. 479 (1965).

76 *Ivi*, p. 486: "Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions".

77 "[il diritto] di associarsi con chiunque egli riesca a persuadere (non obbligare) — se ciò è conforme alla sua inclinazione. Ciò comprende il diritto al matrimonio" [NdT], J. Witherspoon, *Lectures on Moral Philosophy*, 1912, p. 69.

78 D. A.J. Richards, *ivi*, pp. 74 s.



diritto decisamente più ampio di instaurare e sviluppare relazioni con gli altri esseri umani, sebbene si possa ipotizzare che sia stata spinta dalla sua dichiarazione dell'anno precedente secondo cui *"a person's sexual life is an important aspect of private life"*<sup>79</sup>. Naturalmente anche le tendenze sociali e culturali degli anni Sessanta e Settanta possono aver esercitato un'influenza sulla Commissione.

Negli anni successivi, anche altre corti nazionali ed internazionali, oltre ai legislatori, hanno cominciato a riconoscere che l'orientamento nei confronti degli altri esseri umani dovrebbe essere rispettato, anche quando tale orientamento è diretto verso persone dello stesso sesso o genere, e anche quando si esprime attraverso il desiderio sessuale o l'attività sessuale. Ciò ha portato diverse corti a interpretare i divieti di discriminazione a livello internazionale, nazionale e sub-nazionale in modo tale da includere l'orientamento sessuale (o termini simili)<sup>80</sup>, con la conseguente introduzione, in diversi casi, di un esplicito divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale<sup>81</sup>. Oggi l'orientamento sessuale viene esplicitamente menzionato anche in alcuni trattati internazionali<sup>82</sup>. Più in sostanza, il concetto generale per il quale l'orientamento degli individui verso gli altri individui dovrebbe essere rispettato ha ottenuto un forte riconoscimento nel campo dei diritti umani. Il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani è ora accettato dalla Corte europea dei diritti umani, che nel dicembre del 1992 affermava:

*The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.*

*There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world*<sup>83</sup>.

79 Commissione europea dei diritti umani, 1975, X c. Germania, n. 5935/72.

80 Si veda ad esempio, Comitato dei diritti umani, *Toonen c. Australia*, ivi, in cui un organismo internazionale dei diritti umani sosteneva per la prima volta che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è oggetto di un articolo nell'ambito di un trattato che vieta la discriminazione in genere; si veda anche *African Commission on Human and Peoples' Rights*, 2006, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, decisione 245/02, para. 169: *"The aim of [the principle of non-discrimination provided under Article 2 of the African Charter on Human and People's Rights] is to ensure equality of treatment for individuals irrespective of nationality, sex, racial or ethnic origin, political opinion, religion or belief, disability, age or sexual orientation"*; Corte Edu, *Mouta c. Portogallo*, ivi, para. 35-36, dove, con riferimento a un caso di affidamento di minore, si conclude che l'omosessualità del padre ha rappresentato un fattore decisivo nella decisione finale della corte nazionale e che tale distinzione basata sull'orientamento sessuale non è accettabile ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti umani; Ead., 1997, *Sutherland c. Regno Unito*, para. 66, in cui si afferma che *"no objective and reasonable justification exists for the maintenance of a higher minimum age of consent to male homosexual, than to heterosexual, acts"*; Corte Inter-Americana dei diritti umani, *Atala*, ivi, para. 83-93, dove si sostiene che la negazione di un diritto sulla base dell'orientamento sessuale costituirebbe una violazione dell'articolo 1.1 della Convenzione americana.

81 Si veda L. Paoli Itaborahy & J. Zhu, ivi, p. 27, in cui si indica la Costituzione del Sudafrica del 1994 come la prima Costituzione nazionale a includere l'esplicito divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e osserva che è stata seguita da altri sei Paesi e da parti di diverse altre nazioni; E. Cameron, *Constitutional Protection of Sexual Orientation*, ivi, p. 645: *"The fact that sexual orientation is mentioned in the [Constitution's] list of protected conditions means that gays and lesbians are expressly and unequivocally included in the embracing conception of South African nationhood, for which the liberation struggle was fought"*; K. Waaldijk, *Legal Recognition of Homosexual Orientation in the Countries of the World*, in *The Global Arc of Justice – Sexual Orientation Law Around the World*, International Lesbian and Gay Law Association, relazione presentata al *The Williams Institute - University of California*, Los Angeles, 11-14 marzo 2009, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/14543>. Si segnala che la Norvegia è stata il primo Paese, nel 1981, a vietare espressamente la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nel diritto nazionale ed è stata seguita da altri sessanta Paesi circa.

82 Si veda la versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 26 ottobre 2012, G.U. (C 326) 47, 2012, artt. 10, 19; si veda anche Consiglio d'Europa, Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, art. 4, 11 maggio 2011, che contiene l'unica altra disposizione del trattato, almeno finora, che menzioni esplicitamente la discriminazione basata sui fattori "orientamento sessuale" e "identità di genere"; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 1 dicembre 2009, G.U. (C 83) 2, 2010, art. 21.

83 "La Corte non ritiene possibile o necessario tentare di definire in modo esaustivo il concetto di "vita privata". Ad ogni modo, sarebbe eccessivamente restrittivo limitare tale concetto ad un "perimetro interno" all'interno del quale l'individuo può vivere come preferisce, escludendo completamente il mondo esterno non rientrante in tale perimetro. Il rispetto per la vita privata deve anche comprendere, in una certa misura, il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con gli altri esseri umani. Sembra inoltre che non vi sia alcuna ragione di principio che spinga a interpretare il concetto di "vita privata" in modo tale da escludere le attività di natura professionale o commerciale poiché, dopo tutto, è proprio nel corso della vita lavorativa che

In questo caso la Corte non faceva riferimento esplicito alle decisioni in cui la Commissione europea dei diritti umani aveva articolato per prima questo diritto. Il giudice Martens, tuttavia, aveva richiamato tali decisioni pochi mesi prima in un'opinione concorrente, nel quale scriveva:

*Expulsion severs irrevocably all social ties between the deportee and the community he is living in and I think that the totality of those ties may be said to be part of the concept of private life, within the meaning of Article 8 (art. 8).*

*It is true that, at least at first sight, the text of this provision seems to suggest otherwise. Read as a whole, it apparently guarantees immunity of an inner circle in which one may live one's own, one's private, life as one chooses. This "inner circle" concept presupposes an "outside world" which, logically, is not encompassed within the concept of private life. Upon further consideration, however, this "inner circle" concept appears too restrictive. "Family life" already enlarges the circle, but there are relatives with whom one has no family life stricto sensu. Yet the relationship with such persons, for instance one's parents, undoubtedly falls within the sphere, which has to be respected under Article 8 (art. 8). The same may be said with regard to one's relationships with lovers and friends. I therefore share the view of the Commission [...]<sup>84</sup>.*

Dal 1998, la Corte costituzionale del Sudafrica ha riconosciuto, forse in modo più eloquente, "a right to a sphere of private intimacy and autonomy which allows us to establish and nurture human relationships without interference from the outside community"<sup>85</sup>. Nel 2005, anche l'Alta Corte delle isole Figi ha riconosciuto tale diritto<sup>86</sup>. Nel 2010, la Corte interamericana dei diritti umani, in due casi riguardanti la responsabilità dello Stato con riferimento allo stupro perpetrato da agenti statali su donne indigene, ha riconosciuto "the right to establish and develop relationships with other human beings":

*Regarding the alleged violation of Article 11 of the American Convention based on the same facts, the Court has specified that... its contents include, among others, the protection of private life. Moreover, the concept of private life is a wide-ranging term, which cannot be defined exhaustively, but includes, among other protected forums, sexual life, and the right to establish and develop relationships with other human beings. The Court finds that the rape of Mrs. Rosendo Cantú violated essential aspects and values of her private life, represented an intrusion in her sexual life, and annulled her right to decide freely with whom to have intimate relations, causing her to lose complete control over these most personal and intimate decisions, and over her basic bodily functions<sup>87</sup>.*

la maggior parte delle persone ha significative, se non le principali, opportunità di sviluppare relazioni con il mondo esterno. [NdT], Commissione europea dei diritti umani, *Niemietz c. Germania*, *ivi*.

- 84 "L'espulsione recide irrevocabilmente tutti i legami sociali tra il deportato e la comunità in cui vive e ritengo che la totalità di questi legami possa essere considerata parte del concetto di vita privata ai sensi dell'articolo 8. Vero è che, almeno a prima vista, il testo della disposizione sembra suggerire diversamente. Letto nel suo complesso, esso sembra garantire l'immunità ad un perimetro interno in cui ciascuno può vivere la propria vita, quella privata, come preferisce. Questo concetto di "perimetro interno" presuppone l'esistenza di un "mondo esterno" che, logicamente, non rientra nel concetto di vita privata. Alla luce di ulteriori considerazioni, tuttavia, questo concetto di "perimetro interno" sembra essere troppo restrittivo. L'idea di "vita familiare" allarga tale perimetro, sebbene vi siano anche rapporti con parenti che non possono essere definiti familiari in senso stretto. Tuttavia, la relazione con tali persone, ad esempio i genitori, indubbiamente cade all'interno della sfera, che deve essere rispettata ai sensi dell'articolo 8 (art. 8). Lo stesso può essere detto riguardo alla relazione con amanti o amici. Pertanto condivido l'opinione della Commissione [...]" [NdT], Corte Edu, 1992, *Beldjoudi c. Francia*.
- 85 "[...] il diritto a una sfera di intimità privata e autonomia che ci permetta di instaurare e coltivare relazioni umane senza interferenze dalla comunità esterna" [NdT], *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC), p. 30 para. 32 (corsivo aggiunto): "The way in which we give expression to our sexuality is at the core of this area of private intimacy"; si veda anche p. 61, para. 117 (Sachs, J., concorrente): "The expression of sexuality requires a partner, real or imagined. It is not for the state to choose or to arrange the choice of partner, but for the partners to choose themselves".
- 86 *McCoskar v. State*, [2005] FJHC 500, 511: "In my view the Court should adopt a broad and purposive construction of privacy that is consistent with the recognition in international law that the right to privacy extends beyond the negative conception of privacy as freedom from unwarranted State intrusion into one's private life to include the positive right to establish and nurture human relationships free of criminal or indeed community sanction".
- 87 "Riguardo alla presunta violazione dell'articolo 11 della Convenzione americana, basata sui medesimi fatti, la Corte ha specificato che [...] il suo contenuto include, *inter alia*, la protezione della vita privata. Inoltre, "vita privata" è un concetto di larga portata che non può essere definito esaustivamente e che include, oltre ad altri ambiti protetti, la vita sessuale e il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani. La Corte ritiene che lo stupro di Rosendo Cantú abbia violato aspetti e valori fondamentali della sua vita privata, abbia rappresentato un'intrusione nella sua vita sessuale e abbia annullato il suo diritto di decidere liberamente con chi avere rapporti intimi, al punto da perdere il controllo totale su queste decisioni spiccatamente personali ed intime, nonché sulle sue basilari funzioni vitali" [NdT], Corte Inter-Americana dei diritti umani, 31 agosto 2010, *Cantú c. Messico*, para. 119; Ead., *Fernández Ortega c. Messico*, *ivi*, para. 129; si veda anche *Atala*, *ivi*, para. 161 s., ove viene discusso l'affidamento dopo il divorzio nell'ambito del primo caso sull'orientamento sessuale deciso dalla Corte.

Come la Dichiarazione universale dei diritti umani, la Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli non contiene un diritto alla vita privata. Tuttavia, l'articolo 28 della Carta contiene un dovere a relazionarsi con altri esseri umani: *"Every individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance"*<sup>88</sup>. Inoltre, sembra lecito ritenere che gli altri diritti contenuti nella Carta africana, in particolare il diritto al "rispetto della vita e dell'integrità della persona", il diritto al "rispetto della dignità innata di ogni essere umano" e il diritto alla "libertà e alla sicurezza della persona" implichino l'esistenza di un diritto alla privacy<sup>89</sup>.

Un articolo del Patto internazionale per i diritti civili e politici recita: "Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata"<sup>90</sup>; ciononostante, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite non ha ancora affermato se ciò includa il diritto di instaurare e sviluppare relazioni. In *Toonen c. Australia*, tuttavia, il Comitato ha osservato che è indiscutibile che l'attività sessuale in privato tra adulti consenzienti rientri nel concetto di "privacy"<sup>91</sup>. Non viene chiarito se tale protezione sia estesa anche ad aspetti meno sessuali o meno privati dell'orientamento omosessuale.

Le formulazioni delle Corti europee, sudafricane, interamericane e delle Figi sono più ampie rispetto a quella della Corte statunitense, che si limita a determinate relazioni umane di natura "intima"<sup>92</sup>. Ciò è rilevante, perché non tutti i comportamenti intimi o sessuali sono parte di una relazione già intima. Il primo o il secondo appuntamento con qualcuno (o addirittura un incontro fugace o un'avventura di una notte) possono comprendere comportamenti molto intimi e profonda attrazione emotiva, ma sarebbe comunque troppo presto per poter parlare di "relazione intima" o ancor meno di "intima associazione". La formulazione più ampia appare pertanto preferibile<sup>93</sup>. Questa formulazione del diritto di relazionarsi senza la parola "intimo" appare altresì preferibile alla caratterizzazione dell'orientamento sessuale operata dalla Corte europea dei diritti umani, ovvero *"a most intimate aspect of private life"*<sup>94</sup>. Non sempre le relazioni personali sono intime, e di sicuro non lo sono in via continuativa. Spesso le relazioni hanno inizio in un luogo pubblico (al lavoro, in discoteca, online) e spesso si sviluppano attraverso comportamenti pubblici comuni (ballare, tenersi per mano, baciarsi)<sup>95</sup>. Il concetto di "instaurare relazioni" copre

88 "Ogni individuo ha il dovere di rispettare e di considerare i suoi simili senza alcuna discriminazione, e di intrattenere con essi relazioni che consentano di promuovere, salvaguardare e rafforzare il rispetto e la tolleranza reciproci" [NdT], *African Charter on Human and Peoples' Rights*, *ivi*.

89 R. Murray & F. Viljoen, *Towards Non-Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The Normative Basis and Procedural Possibilities before the African Commission on Human and Peoples' Rights and the African Union*, in *Human Rights Quarterly*, 2007, 29, p. 90, in cui viene citata la Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli, artt. 4-6 (virgolette interne omesse).

90 *International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 dicembre 1966, art. 17, sec. 1.

91 Comitato dei diritti umani, 31 marzo 1994, *ivi*.

92 *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 618 (1984).

93 A quanto sembra, negli Stati Uniti una cospicua letteratura accademica sta tentando di distinguere tra relazioni o associazioni intime e non. Si veda H. Lau, *Transcending the Individualist Paradigm in Sexual Orientation Antidiscrimination Law*, in *California Law Review*, 2006, 94, p. 1301 in cui viene citato *Roberts*, *ivi*, e si osserva che la libertà di intima associazione è *"generally understood as a liberty to make decisions that attend the creation and sustenance of a family"* (virgolette interne omesse); K.L. Karst, *ivi*, p. 629, che invoca un approccio inclusivo nei confronti della libertà di associazione, che non è stato pienamente adottato dalle Corti; J. P. Roling, *Functional Intimate Association Analysis: A Doctrinal Shift to Save the Roberts Framework*, in *Duke Law Journal*, 2012, 61, p. 903, che critica i recenti approcci giudiziari all'intima associazione; C. O'Connor Udell, *Intimate Association: Resurrecting a Hybrid Right*, in *Texas Journal of Women & Law*, 1998, 7, p. 278 ss., ove viene suggerito un approccio più analitico all'intimità definendo "qualità correlate all'intimità" la convivenza, l'intimità sessuale, l'impegnarsi esplicitamente o implicitamente e l'esistenza di stretti legami di sangue, quindi viene proposto un elenco di possibili relazioni sulla base dei criteri soddisfatti.

94 Corte Edu, 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, in cui afferma che l'attività sessuale riguarda *"a most intimate aspect of private life"*, sostenendo che le leggi dell'Irlanda del Nord contro il sesso in privato tra uomini adulti consenzienti equivalgono a una violazione del diritto al rispetto per la vita privata; si veda anche *Kozak c. Poland*, 2010, n. 13102/02, para. 83, dove si definisce l'orientamento sessuale *"one of [the] most intimate parts of an individual's private life"*.

95 Diversi casi sottoposti a tribunali o ad organismi di parità di vari Paesi vedono come protagonisti coppie gay o lesbiche che si sono viste negato il servizio in un bar o in un ristorante, per il semplice fatto di aver scambiato effusioni, come fanno normalmente le coppie. Un esempio in Irlanda è stato descritto in *The Equality Authority, Annual Report 2006*, 2007, pp. 30 s., [www.equality.ie/Files/Annual%20Report%202006.pdf](http://www.equality.ie/Files/Annual%20Report%202006.pdf). Il caso riguardava due donne che, per essersi bacciate, erano state ammonite dal titolare di un pub con la minaccia di essere allontanate qualora non avessero posto fine al comportamento in questione. Il 7 marzo 2006 le donne hanno vinto la causa contro il titolare del pub dinanzi il tribunale distrettuale. Per consultare svariati casi simili decisi in Svezia, si veda V. Kawesa, *Cent. Against Racism, Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity: Thematic Study Sweden*, 2010, pp. 27-28, 40.



ugualmente l'attrazione e l'affetto pre-relazionale. Una volta instaurate, le relazioni amorose possono effettivamente diventare molto intime. Ma più la relazione si sviluppa, più i suoi componenti assumeranno un profilo di coppia pubblico e sociale. Quindi la loro relazione non sarà più definita unicamente dall'intimità. Questo aspetto altamente sociale della vita privata può essere offuscato dall'impiego della parola "intimo". L'esclusione della parola "intimo" produce un altro vantaggio: la conseguente maggiore astrazione potrebbe essere riconosciuta più agevolmente come un comune bisogno umano e come un aspetto centrale anche per altre libertà fondamentali, in particolare quelle di religione, di assemblea e di associazione.

Prima di giungere alle implicazioni legali di questo diritto fondamentale a relazionarsi, sembra appropriato sottolineare che, in diversi Paesi del mondo, il riconoscimento di tale diritto è stato rafforzato dalla combinazione di diverse basi non giuridiche. Tra di esse ho già menzionato la celebre teoria psicologica di Maslow, secondo la quale "i bisogni d'amore" sono una delle cinque categorie di bisogni umani basilari.

In secondo luogo, sembra che vi sia un forte imperativo culturale, religioso ed economico a instaurare una relazione stretta con un'altra persona. Proprio in ragione di questa enfasi culturale e giuridica sull'amore, la coppia e la famiglia, la disapprovazione culturale e giuridica dell'amore omosessuale può colpire ancora più duramente gli individui. L'omofobia è una stigmatizzazione di qualcosa che, a un livello di generalizzazione più alto, è presentato come una delle più alte forme di felicità. È un tipico esempio di ingiunzione paradossale, o doppio legame, in psicologia. Potremmo affermare che la società chiede a tutti di trovare qualcuno da amare, ma a molte donne lesbiche e a molti uomini gay viene anche detto che questa persona non deve essere qualcuno che in realtà loro vorrebbero amare.

In terzo luogo, il graduale riconoscimento di un diritto di relazionarsi in modo non discriminatorio deve molto al coraggio e all'orgoglio di un numero crescente di donne e di uomini che sono usciti allo scoperto come amanti, partner e coniugi dello stesso sesso<sup>96</sup>, affermando con ciò che l'essere in coppia o sposati non è un privilegio dei soli eterosessuali. Due delle coppie *same-sex* più in vista a livello mondiale sono presenti qui oggi. A dimostrazione del profondo rispetto che nutro per loro, mi levo il cappello e faccio un inchino.

In quarto luogo, esiste un esteso filone artistico, letterario e di intrattenimento che descrive questo bisogno psicologico, questo dovere culturale e questa pratica tra persone dello stesso sesso. Il Rettore scoraggia l'utilizzo di supporti multimediali in questo auditorium, per cui ho deciso di non riprodurre alcune delle canzoni e delle scene che balzano alla mente. Molte di queste non evocano un rapporto esistente, bensì una relazione fortemente agognata, come la poesia che esprime "un così profondo e sconfinato desiderio di amicizia"<sup>97</sup>. Suggerisco ai presenti di guardare il film *8 donne e un mistero*<sup>98</sup>, di François Ozon, in cui la governante di colore, una donna lesbica, canta la canzone del 1972 di Dalida, *Pour ne pas vivre seul*<sup>99</sup>. Oppure pensate a Robert, single apparentemente felice nel musical del 1970 *Company*, di Stephen Sondheim, che canta la canzone *Being Alive*<sup>100</sup>.

## 6. Un diritto

Come abbiamo visto, il diritto di relazionarsi trae fondamento da un bisogno umano, da un dovere culturale, dalla prassi gay e lesbica, da un ritratto poetico multimediale e, soprattutto, dal diritto.

96 Almeno due coppie omosessuali hanno scritto un libro sul matrimonio in Canada e sul fatto di dover essere ricorsi in tribunale per ottenere il riconoscimento. Si veda K. Bourassa & J. Varnell, *Just Married: Gay Marriage and the Expansion of Human Rights*, 2002, che descrive l'impegno degli autori in *Halpern c. Canada*, un caso deciso dalla Corte d'appello dell'Ontario; A.L. Gilligan & K. Zappone, *Our Lives Out Loud: In Pursuit of Justice and Equality*, 2008, ove vengono descritte le vite degli autori e il loro impegno nel caso *Zappone v. Revenue Commissioners*.

97 Traduzione non ufficiale della quarta riga ("*naar vriendschap zulk een mateloos verlangen*") della poesia di Jacob Israël de Haan *Aan eenen jongen visscher*, incisa sull'Homomonument ad Amsterdam. Jacob Israël de Haan, *Aan eenen jongen visscher*, in *Liedereren*, 1917, [www.dbnl.org/tekst/haan008lied01\\_01/haan008lied01\\_01\\_0024.php](http://www.dbnl.org/tekst/haan008lied01_01/haan008lied01_01_0024.php).

98 *8 donne e un mistero*, titolo originale *8 femmes* (BIM, Canal+, Centre National de la Cinématographie (CNC), Fidélité Productions, Franc 2 Cinéma, Gimages 5, Local Films, Mars Distribution 2002).

99 Dalida, *Pour Ne Pas Vivre Seul*, in *Il Faut Du Temps*, Orlando International Shows, Sonopresse, 1972. L'autore non conosce canzoni precedenti a questa in cui si faccia esplicita menzione all'amore tra donne e al matrimonio tra uomini.

100 S. Sondheim, *Company: A Musical Comedy*, Columbia Records, 1970.



Il diritto di instaurare e sviluppare relazioni è stato riconosciuto esplicitamente in vari casi riguardanti i diritti umani<sup>101</sup>, di cui alcuni direttamente legati alla tematica dell'orientamento omosessuale<sup>102</sup>. Implicitamente, il diritto di relazionarsi può essere individuato anche in altre decisioni a livello nazionale e internazionale, in particolare quelle che hanno posto fine al divieto di comportamenti sessuali tra persone dello stesso sesso<sup>103</sup>, che hanno introdotto il matrimonio omosessuale<sup>104</sup> o che hanno contrastato altre forme di discriminazione delle persone omosessuali<sup>105</sup>. Analogamente, il godimento del diritto di relazionarsi ha tratto notevole giovamento dalle evoluzioni legislative in numerosi Paesi<sup>106</sup>.

Nel campo dei diritti umani a livello internazionale, in un primo momento le coppie omosessuali hanno trovato riconoscimento con riferimento a "un aspetto profondamente intimo" della sfera privata (ovvero la vita sessuale)<sup>107</sup>. Successivamente è stata riconosciuta in qualche modo la convivenza *di fatto*<sup>108</sup>, mentre solo di recente è stato introdotto il concetto di vita familiare<sup>109</sup>. Finora non è stato riconosciuto alcun diritto al matrimonio<sup>110</sup>. Parallelamente, nel corso degli ultimi cinquant'anni i rapporti omosessuali tra persone adulte sono diventati legali in oltre sessanta Paesi<sup>111</sup> e non costituiscono più un reato in almeno 114 dei 193 Stati membri delle Nazioni Unite<sup>112</sup>. Dal 1981, quando la Norvegia per prima vietò esplicitamente la discriminazione delle persone omosessuali<sup>113</sup>, circa sessanta Paesi hanno

- 
- 101 Si veda ad esempio, Corte Edu, 2012, *Gillberg c. Svezia*, n. 41723/06, para. 66: "The concept of private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. It can therefore embrace multiple aspects of the person's physical and social identity. Article 8 protects in addition a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world" (virgolette interne omesse).
- 102 Dopo l'applicazione da parte della Corte sudafricana e di quella delle Figi del diritto di relazionarsi nell'ambito di casi in cui si metteva in discussione la criminalizzazione delle attività sessuali tra persone dello stesso sesso, cfr. *supra* note 85–86 e testo associato, anche la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti umani hanno invocato tale diritto con riferimento all'orientamento sessuale, si veda Corte Edu, GC, 2008, *E.B. c. Francia*, para. 43; Corte Inter-Americana dei diritti umani, *Atala*, *ivi*, para. 161 s.
- 103 Si veda Corte Edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, *ivi*; Comitato dei diritti umani, *Toonen c. Australia*, *ivi*; si veda anche A. Jernow, *ivi*, pp. 7–43, ove vengono riepilogati i casi nazionali che hanno trattato questioni relative alla messa in discussione della costituzionalità delle leggi sulla sodomia.
- 104 Si veda A. Jernow, *ivi*, pp. 339–380, ove si riepilogano alcuni dei casi nordamericani e sudafricani rilevanti.
- 105 Si veda ad esempio, CGUE, 2008, *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06; Corte Edu, 2003, *Karner c. Austria*; Corte Inter-Americana dei diritti umani, *Atala*, *ivi*; Comitato dei diritti umani, *Young c. Australia*, comunicazione n. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (6 agosto 2003); si veda anche A. Jernow, *ivi*, pp. 47–90, 309–37, che riepiloga numerosi casi in cui la discriminazione è stata messa in discussione a livello nazionale.
- 106 Si veda, più in generale, K. Waaldijk, *Legal Recognition of Homosexual Orientation*, *ivi*; L. Paoli Itaborahy & J. Zhu, *ivi*, pp. 20–32. In entrambi i casi si elencano le situazioni giuridiche in tutti i Paesi del mondo, con indicazione degli anni in cui hanno avuto luogo i maggiori cambiamenti legislativi.
- 107 Si veda Corte Edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, *ivi*; si veda anche Comitato dei diritti umani, *Toonen c. Australia*, *ivi*: "[A]dult consensual sexual activity in private is covered by the concept of 'privacy'".
- 108 Si veda ad esempio, Corte Edu, *Karner c. Austria*, *ivi*, para. 41: "persons living in a homosexual relationship"; Comitato dei diritti umani, *Young*, *ivi*, para. 10.4: "same-sex partners".
- 109 Si veda Corte Edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, *ivi*, para. 94: "[T]he Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy 'family life' for the purposes of Article 8 [of the European Convention]"; si veda anche Corte Inter-Americana dei diritti umani, *Atala*, *ivi*, para. 176–178: "[T]here was a close relationship between Ms. Atala, Ms. De Ramón, Ms. Atala's older son and the three girls... Therefore, it is clear that they had created a family unit which, as such, was protected under Articles 11.2 and 17.1 of the American Convention, since they shared their lives, with frequent contact and a personal and emotional closeness...".
- 110 Corte Edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, *ivi*; Comitato dei diritti umani, *Joslin c. Nuova Zelanda*, *ivi*.
- 111 L. Paoli Itaborahy & J. Zhu, *ivi*, pp. 20–21; si veda anche K. Waaldijk, *Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-Sex Partners in Europe*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2000, 17, p. 68, ove vengono descritte le quattro ondate di depenalizzazione che hanno interessato i Paesi europei a partire dal 1791, quando la Francia per prima depennò gli atti omosessuali dai reati penali.
- 112 L. Paoli Itaborahy & J. Zhu, *ivi*, pp. 20–24. Il rapporto indica anche che 15 dei 114 Paesi in cui gli atti omosessuali tra adulti sono legali (oltre a parti o associati di altri tre Stati) applicano un trattamento differenziato all'età del consenso per atti omosessuali ed eterosessuali.
- 113 Si veda tuttavia R. Wintemute, *Conclusion*, in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, *ivi*, pp. 781–88, che menziona il fatto che, a livello sub-nazionale, il *District of Columbia* e il *Quebec* avevano preceduto la Norvegia introducendo leggi analoghe, rispettivamente nel 1973 e nel 1977.

adottato leggi contro la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale<sup>114</sup>. In più di trenta Paesi le coppie composte da persone dello stesso sesso godono di un qualche riconoscimento giuridico, inclusa la possibilità di sposarsi in quattordici Stati e, su un territorio limitato, in altri tre Stati<sup>115</sup>.

Un elemento sottile del diritto di instaurare e sviluppare relazioni può essere rinvenuto già nel diritto al matrimonio, nel diritto di costruire una famiglia e nel diritto al rispetto della vita familiare<sup>116</sup>. Come abbiamo visto, allo stato attuale varie Corti internazionali e nazionali hanno articolato un più ampio e fondamentale diritto di instaurare e sviluppare relazioni come una delle dimensioni del diritto al rispetto della vita privata<sup>117</sup>, che racchiude ciascuno dei tre diritti più ristretti.

Pertanto, la nuova costellazione tracciata dagli elementi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani è la seguente:

- il diritto al rispetto della vita privata include il diritto a una vita personale e il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con altri esseri umani<sup>118</sup>;
- nel diritto di instaurare e sviluppare relazioni rientrano le relazioni familiari e non, incluse quelle "di natura professionale o commerciale"<sup>119</sup>;
- nel diritto al rispetto della vita familiare rientrano le relazioni matrimoniali e genitoriali, così come le unioni non matrimoniali<sup>120</sup>;
- nel diritto al rispetto della vita familiare rientrano i partner di sesso opposto e dello stesso sesso<sup>121</sup>.

Perciò la vita familiare (matrimonio incluso) è ora una sottocategoria della vita privata.

Ci si domanda a questo punto se il diritto di sposarsi debba essere valutato quale aspetto del diritto di instaurare relazioni ovvero quale aspetto del diritto di svilupparle. Oggigiorno, nella maggior parte delle culture occidentali, il matrimonio raramente costituisce l'inizio di una relazione. Esso non può più essere qualificato quale punto di formazione della famiglia. Per molte coppie, il matrimonio oggi è un modo per formalizzare la famiglia. Pertanto, il matrimonio dovrebbe essere considerato essenzialmente nell'ambito del diritto di sviluppare relazioni, piuttosto che sotto il profilo del diritto di instaurare relazioni.

La medesima domanda può essere posta con riferimento all'attività sessuale. In molte culture occidentali e per molte persone, il sesso non è più soltanto un modo di sviluppare e coltivare una relazione esistente: l'intimità sessuale costituisce altresì un modo per instaurare una relazione. Perciò il diritto di instaurare e quello di sviluppare relazioni richiedono entrambi di porre fine alla criminalizzazione delle condotte omosessuali.

Le leggi che vietano l'attività sessuale tra persone dello stesso sesso possono generare enormi ostacoli per gay, lesbiche e bisessuali che vogliano dichiararsi, incontrare potenziali partner e sviluppare relazioni. Queste leggi creano opportunità per ricatti ed estorsioni<sup>122</sup>, alimentano la paura di essere esposti, promuovono l'idea che la discriminazione e la violenza anti-omosessuale siano giustificate e dipingono le persone omosessuali come criminali<sup>123</sup>. Pertanto tali leggi hanno un impatto profondamente negativo sulle possibilità di instaurare e sviluppare relazioni.

114 L. Paoli Itaborahy & J. Zhu, *ivi*, pp. 25-26.

115 *Ivi*, pp. 30-31. I Paesi bassi sono stati il primo Paese a garantire riconoscimento giuridico alle coppie *di fatto* (nel 1979) e ad aprire al matrimonio (nel 2001), mentre nel 1989 la Danimarca è stata il primo Stato a introdurre le unioni registrate per le coppie dello stesso sesso. R. Wintemute, *Conclusion*, in *Legal Recognition Of Same-Sex Partnerships*, *ivi*, pp. 775-779.

116 Si veda ad esempio, Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli, *ivi*, art. 18, con cui vengono garantiti i diritti di protezione e assistenza della famiglia; Convenzione Americana sui diritti umani, 22 novembre 1969, artt. 11, 17; Patto internazionale sui diritti civili e politici, *ivi*, artt. 17, 23; Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, 4 novembre 1950, artt. 8, 12.

117 Si veda *supra* paragrafo 5.

118 Corte Edu, *Niemietz c. Germania*, *ivi*.

119 *Ivi*.

120 Si veda Corte Edu, 1986, *Johnston c. Irlanda*, para. 56, in cui si sostiene che una coppia eterosessuale, convivente da quindici anni ma impossibilitata a contrarre matrimonio in quanto uno dei due componenti non poteva ottenere il divorzio "costituisce una 'famiglia' agli effetti dell'articolo 8" della Convenzione europea.

121 Si veda *supra* nota 109.

122 Si veda in generale R. Thoreson & S. Cook (eds), *Int'l Gay & Lesbian Rights Comm'n, Nowhere to Turn: Blackmail and Extortion of LGBT People in Sub-Saharan Africa*, 2011, [www.iglhrc.org/sites/default/files/484-1.pdf](http://www.iglhrc.org/sites/default/files/484-1.pdf).

123 E. Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution: A Test Case for Human Rights*, in *South African Law Journal*, 1993, 110, pp. 455 s.

Sebbene vi sia stata una spinta costante verso la depenalizzazione dei comportamenti omosessuali, specialmente a partire dalla fine degli anni Sessanta<sup>124</sup>, tale traguardo sembra ancora lontano per molti Paesi. È importante anche accogliere quelle evoluzioni che, pur non raggiungendo lo standard minimo internazionale di depenalizzazione completa<sup>125</sup>, si avvicinano a tale requisito e consentono quindi a qualche persona in più di avere relazioni intime.

L'analisi delle esperienze di altri Paesi nell'allargamento del diritto di relazionarsi produce un lungo elenco di piccole potenziali evoluzioni che non raggiungono la completa depenalizzazione<sup>126</sup>. In alcuni casi (ad esempio politiche di non persecuzione, persecuzione selettiva o condanne clementi) non è necessaria un'azione legislativa a livello parlamentare, bensì è sufficiente l'iniziativa del governo, del ministro della giustizia, del comandante della polizia, del pubblico ministero o dei tribunali<sup>127</sup>. Ciascuna di queste evoluzioni, nel suo piccolo, fa sì che le persone si sentano più libere nell'instaurare e nello sviluppare relazioni. Una realizzazione progressiva di questo aspetto della vita privata dovrebbe altresì essere possibile in alcuni dei Paesi più conservatori. A tale riguardo occorre tenere a mente che anche molti Stati europei e americani si sono mossi molto lentamente, spesso in modo graduale, nell'eliminazione delle disposizioni penali in materia di omosessualità<sup>128</sup>. Non bisogna inoltre dimenticare che quasi tutti i Paesi del mondo mantengono tuttora alcune forme di condanna giuridica dell'orientamento omosessuale, escludendo le persone omosessuali, in tutto o in parte, da determinati aspetti del diritto della famiglia<sup>129</sup>.

I Paesi che ancora oggi criminalizzano l'omosessualità dovrebbero essere incoraggiati almeno a compensarle con altre misure a sostegno del diritto di relazionarsi. Per esempio, un'azione attiva della polizia in caso di violenza o estorsione contro le persone omosessuali<sup>130</sup>; rispetto della libertà di associazione, di assemblea e di informazione in modo non discriminatorio; inclusione dell'orientamento sessuale tra i criteri previsti dal diritto antidiscriminatorio. Almeno quattro tra gli Stati africani che ad oggi criminalizzano i rapporti omosessuali hanno incluso nelle loro leggi sul lavoro il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale; il Sudafrica ha introdotto un divieto simile prima di depenalizzare i rapporti omosessuali<sup>131</sup>.

124 Si veda K. Waaldijk, *Legal Recognition of Homosexual Orientation*, *ivi*, che comprende un elenco dei Paesi che hanno depenalizzato i comportamenti omosessuali e rispettive date.

125 Lo standard minimo è stato definito in una serie di casi. Si veda Corte Edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, *ivi*, che definisce lo standard per l'Europa; Comitato dei diritti umani, *Toonen c. Australia*, *ivi*, che definisce lo standard a livello globale.

126 Si veda K. Waaldijk, *Civil Developments*, *ivi*, pp. 70–74, con viene introdotto il termine “semi-decriminalisation”.

127 Per un esempio di politica di non persecuzione esplicitamente dichiarata e applicata in Scozia quando ancora vigeva la legge che proibiva gli atti omosessuali tra adulti consenzienti, si veda Corte Edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, *ivi*, para. 18. Politiche di non persecuzione meno esplicite sono state adottate a Cipro, Corte Edu, 1993, *Modinos c. Cipro*, para. 12, 23, e in Tasmania, Comitato dei diritti umani, *Toonen*, *ivi*, para. 2.2, 6.3, 8.2. Anche in Irlanda e in Irlanda del Nord gli atti omosessuali tra adulti consenzienti in privato venivano difficilmente perseguiti negli ultimi anni prima che la legge corrispondente fosse dichiarata contraria ai diritti umani fondamentali; ciononostante le due giurisdizioni non avevano politiche ufficiali di non persecuzione. Corte Edu, 1988, *Norris c. Irlanda*, para. 20, 33, 38; Corte Edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, *ivi*, para. 30, 41.

128 Tutto questo è in linea con quello che io definisco “law of small change”. Si veda *supra* nota 37.

129 Si veda D. Borrillo, *Pluralisme Conjugal ou Hiérarchie des Sexualités: La Reconnaissance Juridique des Couples Homosexuels dans l'Union Européenne*, in *McGill Law Journal* 875, 2001, p. 922, che parla di “gerarchia delle sessualità” e della conservazione di una posizione più bassa per le coppie omosessuali. Per esempi di questa prassi anche nei nove Paesi europei che hanno riconosciuto per primi le coppie omosessuali, si veda K. Waaldijk et Al., *ivi*, pp. 43–44.

130 Si veda ad esempio, *Int'l Gay & Lesbian Rights Comm'n*, *ivi*, p. 131, in cui viene sottolineata l'importanza, *inter alia*, della formazione degli agenti di polizia e della responsabilità per combattere le pratiche del ricatto e dell'estorsione nei confronti di persone LGBT in molti Paesi africani.

131 Per ulteriori dettagli su questo interessante e promettente scostamento dalla “sequenza standard” nel riconoscimento giuridico dell'orientamento omosessuale in Sudafrica, Mozambico, Botswana, nelle Seychelles e a Mauritius, si veda L. Paoli Itabohary & J. Zhu, *ivi*, p. 25. Si veda anche K. Waaldijk, *Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality – Europe's Past, Present and Future*, in *Australasian Gay & Lesbian Law Journal*, 1994, 4, pp. 51–52. Come è stato osservato, almeno in Europa, si può quasi parlare di una “sequenza standard” per il riconoscimento giuridico dell'omosessualità in un numero crescente di Paesi: un processo che inizia generalmente con la depenalizzazione degli atti sessuali tra adulti consenzienti e la parificazione delle età per il consenso, seguite dall'introduzione di leggi anti-discriminazione e, successivamente, dal riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso e, talvolta, dell'omogenitorialità.

## 7. Dichiararsi e frequentarsi

Il diritto di relazionarsi è composto da due aspetti: il diritto di instaurare (o dare vita a) relazioni e il diritto di sviluppare (o conservare e coltivare) relazioni. Il diritto di instaurare relazioni con persone dello stesso sesso include due diritti specifici:

- il diritto di dichiararsi (*"right to come out"*) in quanto persone attratte da una o più persone dello stesso sesso;
- il diritto di frequentarsi (*"right to come together"*) con persone con un orientamento sessuale simile e/o dello stesso sesso o con persone che non condannano l'omosessualità.

Si tratta di due diritti impliciti e necessari per trovare un potenziale partner che sia dello stesso sesso e con il medesimo orientamento. Senza una minima possibilità di dichiararsi o di frequentarsi, una donna non sarebbe mai in grado di instaurare una relazione intima con un'altra donna, e un uomo non sarebbe mai in grado di instaurare una relazione intima con un altro uomo. Il diritto di dichiararsi e il diritto di frequentarsi, inoltre, aiutano le persone lesbiche, gay e bisessuali a trovare amici che sappiano cosa significhi essere attratti da persone dello stesso sesso, avere un partner dello stesso sesso o affrontare episodi di discriminazione a tale riguardo.

Sempre nell'ambito del rispetto della vita privata, il diritto di dichiararsi, che presumibilmente è già supportato dalla libertà di espressione, rappresenta un elemento centrale del diritto di relazionarsi<sup>132</sup>. Il diritto di dichiararsi copre un'ampia gamma di espressioni, dall'indossare una fascetta arcobaleno o dall'adottare codici più sottili che possono essere colti dagli altri, fino a un semplice "Penso di essermi innamorato/a di te" (almeno se lo si dice a qualcuno che ancora non sa che è possibile essere attratti da qualcuno del proprio sesso). Si spazia dal discreto "C'è qualcosa che vorrei dirti" fino al menzionare la moglie o il fidanzato con i propri studenti o i propri colleghi. Tutto ciò può avvenire in modo casuale o ambiguo. Spesso avviene tramite indizi, ma si può benissimo rivelare il proprio orientamento su una pagina web o durante un colloquio, o ancora salendo su un carro o una barca nella giusta parata.

Tutto questo mostra il labile confine tra dichiararsi e frequentarsi. Molte persone si dichiarano senza dire nulla, semplicemente recandosi in un luogo o a un evento dove non verranno implicitamente identificate come eterosessuali. Questo è uno dei motivi per i quali i campeggi, i bar e i luoghi di *cruising* per lesbiche, proprio come i locali, le saune o le spiagge gay, sono così importanti. Allo stesso modo, anche i siti di incontri, le reti LGBT nelle università e nelle aziende, le alleanze gay-etero nelle scuole e nelle case di riposo, senza considerare i festival di cinema queer, ormai diffusi ovunque, rivestono un'importanza fondamentale. Essi offrono la possibilità di incontrare altre persone che potrebbero essere interessate a condividere dei sentimenti o, perché no, un futuro. Senza potersi dichiararsi e frequentare non sarebbe possibile instaurare e dare forma a relazioni con persone dello stesso sesso, ancor meno coltivarle e svilupparle.

L'esempio più lampante di questo diritto di dichiararsi può forse reperirsi nel diritto dei rifugiati. Come ha osservato l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati:

*A person cannot be expected or required by the State to change or conceal his or her identity in order to avoid persecution. As affirmed by numerous jurisdictions, persecution does not cease to be persecution because those persecuted can eliminate the harm by taking avoiding action... There is no duty to be "discreet" or to take certain steps to avoid persecution, such as living a life of isolation, or refraining from having intimate relationships<sup>133</sup>.*

132 *I Principi Di Yogyakarta*, *ivi*, p. 14: "The right to privacy ordinarily includes the choice to disclose... information relating to one's sexual orientation...".

133 "Lo Stato non può aspettarsi — o imporre — che una persona nasconda la propria identità allo scopo di evitare persecuzioni. Come affermato da numerose giurisdizioni, la persecuzione non smette di essere tale siccome le vittime possono eliminare il danno adottando azioni preventive. [...] Non esiste alcun dovere di essere "discreti" o di adottare determinate misure per evitare la persecuzione, come vivere una vita di isolamento o astenersi dall'avere relazioni intime." [NdT], *U.N. High Comm'r for Refugees, UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 novembre 2008, para. 25–26, che fa riferimento alla giurisprudenza di diversi Paesi; si veda anche N. LaViolette, *The UNHCR's Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, in *Asil Insight*, 30 luglio 2009, pp. 2–3, ove l'autrice sprona l'UNHCR a riconoscere "finalmente" questa e altre problematiche specifiche incontrate da persone appartenenti a minoranze sessuali che invocano protezione come rifugiati, pur restando critica su vari aspetti della Nota. Per ulteriori riferimenti a linee guida sulle politiche e a prassi amministrative a livello nazionale, nonché alla giurisprudenza, inclusa l'importante decisione della Corte suprema del Regno Unito, 2010, *HJ (Iran) & HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31, [2011] 1 A.C. 596 (appello promosso da Eng. & Wales C.A.), si veda S. Jansen & T. Spijkerboer, *ivi*, pp. 33–39. *HJ (Iran) & HT (Cameroon)* sostenevano che un richiedente:

*"cannot and must not be expected to conceal aspects of his sexual orientation which he is unwilling to conceal, even from those whom he knows may disapprove of it. If he fears persecution as a result and that fear is well-founded, he will be entitled to asylum however*



Se quanto sopra si applica al diritto dei rifugiati, considerazioni analoghe dovrebbero indubbiamente valere nei campi dell'istruzione<sup>134</sup>, dell'assistenza<sup>135</sup> e del lavoro<sup>136</sup>, nonché in ambito militare<sup>137</sup>. In quanto uno degli aspetti centrali nel campo dell'orientamento sessuale, il fatto di dichiararsi dovrebbe essere incluso in qualsiasi divieto applicabile di discriminazione basata sull'orientamento sessuale. È una tematica, questa, che necessita fortemente di un accurato studio giuridico comparato che guardi ai modi diversi con i quali il "diritto di dichiararsi" viene negato, riconosciuto, costruito e applicato. Tale studio dovrebbe tenere conto dell'equivalenza funzionale dei diversi modi in cui il diritto di dichiararsi può essere inibito: arresto da parte delle autorità, licenziamento dal posto di lavoro, sfratto, espulsione da scuola, bullismo, violenza, ecc., nonché la minaccia di queste cose.

Si può sostenere che il diritto di dichiararsi si traduca, tra le altre cose, in un dovere di prevenire attivamente la violenza e il bullismo contro le persone omosessuali. Tale dovere può trovare applicazione nei luoghi pubblici e sul lavoro, a scuola, nel campo dell'assistenza, ecc. Se un ambiente pubblico o privato non è sicuro, allora il diritto di dichiararsi, il diritto di frequentarsi e, di conseguenza, il diritto di relazionarsi, diventano illusori.

Le autorità pubbliche, ovviamente, non dovrebbero negare alle persone LGBT il godimento delle libertà di assemblea e di associazione. Questo è già sancito dalle costituzioni e dei trattati internazionali sui diritti umani posti a garanzia di tali libertà<sup>138</sup>. Il diritto di relazionarsi e l'implicito diritto di frequentarsi ribadiscono che tali libertà sono cruciali per certe minoranze.

Il diritto di relazionarsi, tuttavia, è di ancor maggiore rilevanza con riguardo a eventi e reti interne a organizzazioni pubbliche o private. In vari Paesi, i dipendenti di grandi società e organizzazioni, così come gli studenti e il personale di scuole e università, organizzano incontri LGBT occasionali o addirittura hanno fondato reti LGBT che si riuniscono regolarmente. L'Università di Leida non fa eccezione<sup>139</sup>. Uno studio giuridico comparato potrebbe analizzare l'approccio adottato dai vari sistemi giuridici per gestire i comportamenti di datori di lavoro e dirigenti scolastici volti a contrastare simili iniziative<sup>140</sup>. Il rifiuto di autorizzare riunioni o reti di questo tipo può essere considerato una forma di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale o una possibile violazione della libertà di assemblea o di associa-

---

*unreasonable his refusal to resort to concealment may be*", *ivi*, p. 35. Il 7 novembre 2013, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, decidendo su tre casi di richiedenti asilo provenienti da Senegal, Uganda e Sierra Leone, è giunta a una conclusione simile nel caso *X v. Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12, punto 76: "When assessing an application for refugee status, the competent authorities cannot reasonably expect, in order to avoid the risk of persecution, the applicant for asylum to conceal his homosexuality in his country of origin or to exercise reserve in the expression of his sexual orientation".

134 Nei Paesi Bassi, ad esempio, uno studente o una studentessa che si dichiara lesbica, gay o bisessuale, in qualsiasi tipo di scuola (primaria, secondaria o di livello superiore) dovrebbe essere tutelato/a dal severo divieto di discriminazione basata "esclusivamente" sull'orientamento omosessuale (divieto che, ai sensi dell'articolo 7(2) del *General Equal Treatment Act* olandese, si applica anche in qualsiasi scuola privata di stampo religioso). *General Equal Treatment Act*, *Stb.* 1994, No. 230, p. 1.

135 Il diritto di dichiararsi non dovrebbe essere inibito, ad esempio, nelle case di riposo per anziani. Se un ospite di tali strutture, o una coppia di ospiti, sceglieressero di dichiararsi gay, lesbica o bisessuale, non dovrebbe esservi alcuna reazione negativa da parte della direzione e dovrebbe essere garantita adeguata protezione contro reazioni negative da parte degli altri ospiti.

136 La discriminazione nei confronti delle persone che dichiarano il proprio orientamento sessuale sembra essere coperta da una direttiva del Consiglio dell'Unione europea. *Direttiva 2000/78 del Consiglio, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, in G.U. L 303, 2000, 16. In molti Stati membri dell'Unione europea la discriminazione nei confronti di chi dichiara il proprio orientamento sessuale è coperta da leggi statali che hanno implementato la direttiva del Consiglio. Si veda K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *ivi*, pp. 40–41, 112–13, 213–14.

137 Si veda D. Richardson, *Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights*, in *Critical Soc. Pol'y*, 2000, pp. 119 s., ove si sostiene, con riferimento alla politica "Don't Ask/Don't Tell" in vigore all'epoca nell'esercito degli Stati Uniti, che pur avendo il diritto di identificarsi come lesbica, non necessariamente una donna aveva anche il diritto di dichiararsi e comunicare agli altri la propria identità.

138 Si veda Corte Edu, 2010, *Alekseyev c. Russia*, n. 4916/07, 25924/08, 14599/09, para. 68–88; Ead., *Bączkowski c. Polonia*, 2007, n. 1543/06, para. 61–73. Si sostiene in entrambi i casi che il rifiuto di autorizzare un gay pride corrisponde a una violazione della libertà di assemblea garantita dall'art. 11 della Convenzione europea; si veda anche A. Jernow, *ivi*, pp. 93–121, in cui vengono riepilogati i casi nazionali aventi per oggetto le libertà costituzionali di assemblea e associazione.

139 Si veda *Leidsche Ganymedes Borrel*, [www.de-lgb.nl](http://www.de-lgb.nl). Un numero crescente di società e organizzazioni di altro tipo dispone di reti LGBT simili. Si veda *Workplace Pride*, [www.workplacepride.org](http://www.workplacepride.org), che contiene un elenco delle aziende e delle altre organizzazioni olandesi in cui è presente una rete LGBT.

140 Non tutti gli Stati membri dell'Unione europea sembrano includere questo tipo di discriminazione nell'implementazione legislativa della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione. Si veda K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *ivi*, pp. 45–46, 117–18.

zione? Vengono utilizzate le necessarie argomentazioni per affermare l'importanza di tali iniziative per il diritto di relazionarsi di dipendenti e studenti?

Il diritto di frequentarsi è applicabile al di là di associazioni e assemblee. Dopotutto, nel mondo LGBT si sono affermati nel tempo svariati modi informali per frequentarsi. Anche in questo caso il concetto di equivalenza funzionale è fondamentale per comprendere l'interazione tra fenomeni giuridici e sociali. Una retata della polizia a una festa privata<sup>141</sup>, l'imposizione di ostacoli amministrativi o giuridici all'apertura di bar per gay o lesbiche o ancora un attacco violento di stampo omofobo in una sauna o in un'area di *cruising* all'aperto hanno sempre lo stesso effetto: limitare gravemente le possibilità di incontro per le persone LGB. Per molti questi luoghi di incontro (oltre alle risorse online) costituiscono canali fondamentali per instaurare relazioni<sup>142</sup>. Il diritto di relazionarsi e l'implicito diritto di frequentarsi permettono di sondare questo terreno giuridicamente inesplorato sotto il profilo dei diritti umani.

## 8. Coltivare i rapporti

I vari Paesi trattano il diritto dei partner dello stesso sesso di sviluppare e coltivare i rapporti di coppia in modi diversi<sup>143</sup>. In molti casi gli studi giuridici comparati in questo campo si sono concentrati su uno o due aspetti di questo trattamento: spesso gli istituti eventualmente a disposizione delle coppie *same-sex* che desiderano formalizzare la loro unione oppure le conseguenze giuridiche riconosciute dalla legge alla relazione o al suo status<sup>144</sup>. Per una ricerca comparativa più esaustiva, appare utile distinguere analiticamente cinque elementi del diritto di sviluppare relazioni: rispetto, protezione, riconoscimento, formalizzazione e riconoscimento di formalizzazioni estere.

### a) Rispetto

Questo elemento deriva direttamente dalla formulazione del diritto da cui deriva il diritto di relazionarsi: il diritto al rispetto della vita privata<sup>145</sup>. Il fatto di non sanzionare le condotte intime dei partner coinvolti può essere visto come la soglia minima del rispetto richiesto dalle attuali interpretazioni del diritto internazionale dei diritti umani<sup>146</sup>.

### b) Protezione

In genere, le relazioni intime possono essere protette da due tipi di normative: quella sulla privacy e quella contro la discriminazione. Ogni divieto normativo di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale dovrebbe essere interpretato come esteso anche alla discriminazione delle relazioni tra due persone dello stesso sesso<sup>147</sup>.

141 L'esempio più celebre è quello della *Queen Boat*. Si veda in generale *Human Rights Watch, In a Time of Torture: The Assault on Justice in Egypt's Crackdown on Homosexual Conduct*, 2004, [www.hrw.org/reports/2004/egypt0304/egypt0304.pdf](http://www.hrw.org/reports/2004/egypt0304/egypt0304.pdf).

142 Si veda H. Lau, *ivi*, pp. 1271, 1289–1291, in cui viene discusso il caso di un servizio di appuntamenti che rifiutava di combinare incontri tra persone dello stesso sesso e viene discusso il fatto che il riconoscimento debba essere esteso a tali "coppie potenziali" o "coppie in fase di sviluppo".

143 In questo ambito, la Corte costituzionale del Sudafrica ha introdotto il concetto estremamente appropriato di "coltivare" ("nurturing") una relazione. Si veda *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs* 2000 (2) SA 1 (CC), pp. 23–24, para. 32.

144 Ad esempio, K. Waaldijk et Al., *ivi*, ove viene calcolato e messo a confronto il "livello di conseguenze giuridiche" dei vari tipi di status in nove Paesi europei.

145 È interessante notare che le costituzioni di Romania e Moldavia invocano protezione e rispetto non solo per la vita familiare e privata, bensì anche per la "vita intima". Si veda *Constituția României*, 21 novembre 1991, art. 26; *Constituția Republicii Moldova*, 29 luglio 1994, art. 28.

146 Si veda Corte Edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, *ivi*, para. 61; Comitato dei diritti umani, *Toonen c. Australia*, *ivi*.

147 Si veda K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *ivi*, p. 41: "[D]ifferential treatment between same-sex and different-sex couples... may be described as an example of direct (sex or sexual orientation) discrimination, because the only relevant criterion that upholds differential treatment is the combination of the sexes in the couple"; H. Lau, *ivi*, p. 1306: "Distinctions between opposite-sex and same-sex couples should constitute per se discrimination on the basis of sexual orientation". Questo principio è stato accettato nella giurisprudenza internazionale a partire da *Karner c. Austria*, *ivi*, e *Young v. Australia*, *ivi*. Anche la Corte di giustizia delle Comunità europee ha accettato questo punto. Si veda il caso *Maruko*, *ivi*, punto 72, in cui si considera che una distinzione in materia pensionistica

Ad esempio, affermare se il rifiuto di una banca del sangue di accettare donazioni da uomini impegnati in relazioni monogame con persone dello stesso sesso costituisca una discriminazione basata sull'orientamento sessuale — mentre invece vengono accettate donazioni di sangue da uomini impegnati in relazioni monogame con persone di sesso opposto — è una questione complicata. Si potrebbe rispondere che la discriminazione presuppone sempre l'esistenza di una vittima e che impedire a qualcuno di donare il sangue non rende l'aspirante donatore una vittima. Come abbiamo già osservato, tuttavia, una misura che esclude un soggetto sulla base di un comportamento omosessuale può indirettamente colpire anche altre persone<sup>148</sup>. Nel caso summenzionato, molto dipende dal modo in cui la banca del sangue giustifica l'esclusione. Ciò va fatto in modo sensibile, specifico ed accurato. Generalizzazioni non specificate — e quindi indifendibili e offensive — secondo le quali i rapporti tra persone omosessuali sarebbero molto più pericolosi rispetto a quelli tra eterosessuali comportano il grave rischio di relegare alcuni giovani alla segretezza, all'astinenza o alla solitudine, con tutta una serie di conseguenze sul loro benessere emotivo e fisico.

### c) Riconoscimento

Come terza considerazione, occorre verificare se il diritto colleghi una qualche conseguenza giuridica (diritti, vantaggi, obblighi, responsabilità) alle relazioni tra persone dello stesso sesso. La norma minima, oggi ben sviluppata nel diritto internazionale dei diritti umani, richiede che ogni conseguenza giuridica riconosciuta alle coppie di conviventi di sesso opposto sia estesa anche alle coppie di conviventi dello stesso sesso<sup>149</sup>.

Con l'estensione alle coppie dello stesso sesso del concetto di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, avvenuta nel 2010<sup>150</sup>, la norma minima potrebbe protendere a un livello più elevato. Ora è possibile sostenere che gli Stati devono almeno attribuire alle famiglie *same-sex* alcune delle più importanti conseguenze giuridiche del matrimonio. Il diritto di sviluppare e coltivare relazioni può aiutare a decidere quali diritti sono più importanti per una coppia. Forse il diritto di ottenere un permesso di soggiorno per un partner straniero? Oppure il diritto di fornire al proprio partner una certa sicurezza materiale in caso di morte prematura? O ancora il diritto di assumere certe responsabilità legali e finanziarie per i figli del partner?

### d) Formalizzazione

Gli Stati hanno visioni diverse rispetto al se — e in quale modo — i partner dello stesso sesso meritino il diritto di stabilire un legame giuridico formale tra di loro e/o con i figli dell'altro. Ad oggi, il diritto internazionale non impone uno standard minimo per la formalizzazione della vita familiare tra persone dello stesso sesso, perché le richieste presentate da coppie *same-sex* che desideravano sposarsi sono state respinte dagli organismi internazionali di diritti umani<sup>151</sup>.

Il diritto di relazionarsi implica un diritto di diventare parenti? Questo aspetto può essere molto importante per i minori: in questo modo essi otterrebbero un legame giuridico permanente con il partner del loro genitore, che nella pratica è già come un genitore per loro? E che dire di tre o quattro adulti che, magari in due nuclei distinti, crescono insieme uno o più figli? I diversi sistemi giuridici stanno sperimentando modi diversi per venire incontro ai desideri di alcune famiglie *same-sex* di formalizzare tutte le relazioni esistenti all'interno del loro nucleo *di fatto*.

In alcuni Paesi dove il matrimonio tra persone dello stesso sesso è possibile, una questione molto dibattuta riguarda l'approccio nei confronti degli ufficiali di stato civile che rifiutano di adempiere alle

---

tra una coppia di coniugi di sesso opposto e una coppia registrata composta da persone dello stesso sesso costituisce una potenziale "discriminazione diretta basata sull'orientamento sessuale"; *Grant v. S.W. Trains Ltd.*, *ivi*, punti 11, 47, 50, ove la disparità di trattamento tra coppie conviventi dello stesso sesso e coppie conviventi di sesso opposto non sposate non viene considerata una forma di discriminazione sessuale vietata, bensì "discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale", all'epoca non inclusa nel diritto della Comunità europea; si veda anche Corte Edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, *ivi*, para. 99, in cui si parla del bisogno delle coppie dello stesso sesso di "riconoscimento giuridico e protezione delle loro relazioni".

148 Si veda *supra* paragrafo III.

149 Corte Edu, *Karner*, *ivi*; Comitato dei diritti umani, *Young*, *ivi*.

150 Si veda la citazione da Corte Edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, *ivi*, *supra* nota 109.

151 Si veda Corte Edu, *Schalk e Kopf c. Austria*, *ivi*, para. 63; Comitato dei diritti umani, *Joslin c. Nuova Zelanda*, *ivi*.

proprie funzioni<sup>152</sup> (rifiuto di celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso sollevando obiezioni di coscienza per motivi religiosi). Laddove l'ufficiale in questione può essere sostituito da un collega e non viene inibito il desiderio di sposarsi della coppia, non vi sono vittime dirette e quindi, di conseguenza, non ha luogo alcuna discriminazione. Ma anche qui, come nel caso della donazione di sangue<sup>153</sup>, potrebbero esserci vittime indirette. Supponiamo che il succitato ufficiale abbia un figlio potenzialmente gay o una figlia potenzialmente lesbica ancora insicuro/a sul proprio orientamento sessuale. Quale segnale disastroso gli/le verrebbe trasmesso nel momento in cui il proprio genitore rifiuta di aiutare una coppia che si ama a formalizzare la propria vita familiare. E come si sentirebbe questo figlio o questa figlia nel vedere che tale rifiuto è tollerato dalla legge? Resta il fatto che fare di quel genitore un martire non sarebbe comunque di aiuto né per il figlio né per nessun altro. Il dilemma potrebbe essere risolto assicurando che ogni bambino nelle scuole primarie e secondarie riceva almeno una certa quantità di informazioni prive di pregiudizi anti-omosessuali e garantendo che ogni obiettore di coscienza sia pienamente consapevole dell'effetto dannoso che il suo rifiuto produce sulle altre persone al di là della coppia interessata.

#### e) Riconoscimento di formalizzazioni estere

Da ultimo, potrei raccontare tristi storie di mancato riconoscimento di matrimoni tra persone dello stesso sesso, unioni e adozioni avvenute all'estero. Innanzitutto ci tengo a menzionare due promettenti sentenze della Corte europea dei diritti umani, che hanno richiesto al Lussemburgo e alla Grecia di riconoscere l'adozione da parte di un genitore single straniero. Questi due casi non riguardano famiglie dello stesso sesso, ma sono un chiaro esempio di come il diritto di relazionarsi (al pari del diritto di non subire discriminazioni e del diritto al rispetto della vita familiare) richiedano il riconoscimento di formalizzazioni di relazioni familiari avvenute all'estero.

Nel primo caso, la Corte ha ritenuto che il Lussemburgo dovesse riconoscere l'adozione avvenuta in Perù di una bambina peruviana da parte di una madre lussemburghese, sebbene il Lussemburgo non consenta le adozioni nazionali da parte di genitori single:

*The Court considers that the decision refusing enforcement fails to take account of the social reality of the situation. Accordingly, since the Luxembourg courts did not formally acknowledge the legal existence of the family ties created by the Peruvian full adoption, those ties do not produce their effects in full in Luxembourg. The applicants encounter obstacles in their daily life and the child is not afforded legal protection making it possible for her to be fully integrated into the adoptive family.*

*Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case, the Court considers that the Luxembourg courts could not reasonably disregard the legal status validly created abroad and corresponding to a family life within the meaning of Article 8 of the Convention<sup>154</sup>.*

Il secondo caso riguardava l'adozione negli Stati Uniti di un giovane da parte dello zio, entrambi greci. Lo zio era un monaco, diventato vescovo a Detroit. Una vecchia legge greca vietava l'adozione da parte dei monaci. La Corte, tuttavia, ha ritenuto che l'antico divieto non potesse costituire una valida base per rifiutare il riconoscimento dell'adozione avvenuta negli Stati Uniti<sup>155</sup>. In entrambi i casi è stato osservato

152 Si veda B. MacDougall et Al., *Conscientious Objection to Creating Same-Sex Unions: An International Analysis*, in *Canadian Journal of Human Rights*, 2012, p. 127, che analizza il dibattito in corso in Canada, nei Paesi Bassi, in Scozia e in Sudafrica. In olandese questi ufficiali sono chiamati "*weigerambtenaren*". Non vi è ancora giurisprudenza a livello nazionale sulla possibilità che il licenziamento di tali ufficiali civili (o il rifiuto di una candidatura a un posto di lavoro) per il rifiuto di celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso sia considerato una forma di discriminazione religiosa. Il 15 aprile 2008, la Commissione olandese per le pari opportunità ha emesso un parere in cui si riteneva che tale rifiuto fosse oggettivamente giustificato e, di conseguenza, non vietato in quanto indiretta discriminazione per motivi religiosi. *Commissie Gelijke Behandeling* [Commissione per le pari opportunità], 19 novembre 2007, *Oordeelnummer* [parere n.] 2008-40, para. 3.28, 4.

153 Si veda la discussione *supra* paragrafo 8 b). In merito al concetto di vittime indirette della discriminazione contro gli omosessuali, si veda *supra* paragrafo 3.

154 "La Corte considera che la decisione di rifiutare il riconoscimento non tenga in debito conto la realtà sociale della situazione. Di conseguenza, poiché le corti del Lussemburgo non hanno riconosciuto formalmente l'esistenza giuridica di legami familiari creati dalla piena adozione in Perù, detti legami non producono pieni effetti in Lussemburgo. I ricorrenti incontrano ostacoli nella loro vita quotidiana e la bambina non riceve protezione giuridica atta a garantirle la piena integrazione nella famiglia adottiva. Tenendo a mente che i prevalenti interessi del minore sono cruciali nel presente caso, la Corte ritiene che le corti del Lussemburgo non possano ragionevolmente ignorare lo status giuridico creato validamente all'estero e corrispondente alla vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione" [NdT], Corte Edu, 2007, *Wagner c. Lussemburgo*, n. 76240/01, para. 132-133 (citazioni omesse).

155 Corte Edu, 2011, *Negreponitis-Giannisis v. Grecia*, n. 56759/08, para. 61-76.



che, laddove vi siano una vita familiare *di fatto* e una valida formalizzazione estera della vita familiare, tale formalizzazione debba essere riconosciuta.

Altri casi con argomentazioni di natura analoga, relativi all'adozione da parte di partner dello stesso sesso ovvero al matrimonio o alle unioni tra persone dello stesso sesso, verranno sicuramente portati dinanzi le corti nazionali e internazionali<sup>156</sup>. Queste considerazioni sono particolarmente rilevanti con riferimento alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto il mancato riconoscimento dello status di famiglia estera può creare gravi ostacoli alla libertà fondamentale di movimento all'interno dell'Unione europea, come osservato da numerosi autori<sup>157</sup>.

I tribunali amministrativi delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro hanno già deciso in merito a diversi casi di natura analoga. Entrambi sono stati piuttosto utili nel riconoscere matrimoni e unioni *same-sex* in cui i protagonisti erano dipendenti di varie organizzazioni internazionali<sup>158</sup>. Finora, tuttavia, è stato deciso un numero molto ridotto di casi transnazionali<sup>159</sup>. Ciò è facilmente comprensibile: in conseguenza del rischio di mancato riconoscimento, molte coppie dello stesso sesso probabilmente decidono di non spostarsi in certi Paesi, evitando così di doversi confrontare con gli ostacoli giuridici esistenti.

Per compensare questa carenza di giurisprudenza, ho deciso di effettuare un sondaggio tra esperti legali di gran parte dei Paesi europei (ma anche al di fuori dell'Unione europea)<sup>160</sup>. Nel sondaggio venivano proposti sette ipotetici casi di coppie *same-sex* che si spostavano da un Paese A a un Paese B. I primi risultati ricevuti dagli esperti legali hanno svelato un caotico mosaico di riconoscimenti pieni, parziali, poco chiari o negati. L'adozione estera come secondo genitore in una coppia dello stesso sesso non avrebbe probabilmente trovato riconoscimento in un terzo dei Paesi oggetto del sondaggio. Anche in relazione al diritto successorio o alla pensione di reversibilità, probabilmente il matrimonio tra persone dello stesso sesso non troverebbe riconoscimento in un terzo dei Paesi presi in esame. Leggermente più positivi appaiono invece i risultati riguardanti il permesso di soggiorno per il partner non-UE di un cittadino dell'Unione europea; tuttavia, anche in tale ambito un'unione registrata o un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratti all'estero non sarebbero probabilmente riconosciuti in un quarto dei Paesi esaminati.

Forse la Corte europea dei diritti umani noterà che si sta formando una maggioranza tra i Paesi europei che riconoscono le unioni e i matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero, almeno per determinati scopi. La Corte potrebbe quindi essere pronta ad applicare in tali casi gli stessi principi impiegati nei casi di adozione da parte di genitori single contro il Lussemburgo e la Grecia. In tale ipotesi, potrebbe essere utile rammentare alla Corte che essa ha già riconosciuto il diritto di sviluppare relazioni. Varcare un confine non dovrebbe interrompere tale sviluppo relazionale e il fatto di aver instaurato una relazione non dovrebbe imporre a una coppia ostacoli all'esercizio della libertà di circolazione.

\* \* \*

In breve, ritengo che il diritto di sviluppare relazioni è stato e dovrebbe essere reso operativo attraverso il rispetto, la protezione, il riconoscimento, la formalizzazione e il riconoscimento delle formalizzazioni avvenute all'estero. Questi cinque aspetti del secondo pilastro del diritto di relazionarsi sono un com-

156 I primi casi sono già giunti dinanzi le corti nazionali. Si veda A. Jernow, *ivi*, pp. 274–277, ove viene descritto un caso sloveno riguardante l'adozione all'estero; si veda anche *Wilkinson v. Kitzinger*, [2006] EWHC (Fam) 2022 (Eng.), para. 4, 131, una pronuncia contro le ricorrenti, due donne inglesi che avevano contratto matrimonio in Canada e avevano tentato di ottenere il riconoscimento in Inghilterra e Galles; *High Court of Ireland, Zappone v. Revenue Comm'rs*, [2008] 2 I.R. 417, 513: "[I]t is clear that the Plaintiffs' claim for recognition of their Canadian marriage must fail as must the challenge to the relevant provisions of the Tax Code". Per ulteriori informazioni sulle vicende delle due donne irlandesi, che hanno contratto matrimonio in Canada e sono ricorse in giudizio per ottenere il riconoscimento, si veda generalmente L. Gilligan & K. Zappone, *ivi*.

157 Si veda, ad esempio, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *ivi*, cap. 4; H. Toner, *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, 2004; M. Bell, *Holding Back the Tide?: Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union*, in *European Review Privacy Law*, 2004, 5, p. 613; E. Guild, *Free Movement and Same-Sex Relationships: Existing EC Law and Article 13 EC*, in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, *ivi*, p. 677; K. Waaldijk, *Free Movement of Same-Sex Partners*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, 3, p. 271.

158 Si veda K. Waaldijk, *Same-Sex Partnership, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia for Public International Law*, 2012, 8, p. 1125, para. 25–27, ove vengono menzionate le decisioni di entrambi i tribunali che impongono alle organizzazioni internazionali di riconoscere generalmente i matrimoni e le unioni registrate tra persone dello stesso sesso contratte dai dipendenti.

159 Si veda *supra* nota 156.

160 Non ancora pubblicato.

plemento essenziale del primo pilastro: il diritto di instaurare relazioni. Come esposto nel paragrafo precedente, tale diritto di instaurare relazioni implica il diritto di dichiararsi e il diritto di frequentarsi. Congiuntamente, questi sette aspetti del diritto di relazionarsi offrono sia un programma di ricerca per la disciplina del diritto comparato dell'orientamento sessuale, sia uno strumento per lo sviluppo legislativo e giurisprudenziale del diritto dell'orientamento sessuale in molte parti del mondo.

## 9. Conclusioni

Ho tentato di carpire il significato del termine "orientamento sessuale". Mi sono sforzato di sottolineare un diritto fondamentale che è stato articolato da alcune tra le più importanti corti a livello mondiale: il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con gli altri esseri umani. Ho cercato di trovare una formulazione più concisa: diritto di relazionarsi (o "*right to relate*").

Ho argomentato che il diritto di stabilire relazioni implica il diritto di dichiararsi e il diritto di frequentarsi e che il diritto di sviluppare relazioni è stato e dovrebbe essere reso operativo attraverso il rispetto, la protezione, il riconoscimento, la formalizzazione e il riconoscimento delle formalizzazioni avvenute all'estero.

Ho cercato di dimostrare che il diritto di relazionarsi è stato — e può continuare ad essere — di ispirazione per l'evoluzione del diritto dell'orientamento sessuale. Ho anche tentato di mostrare che questo diritto può essere usato come comune denominatore, come linea direttrice, nello studio comparato di tutte le leggi del mondo in materia, siano esse pro o contro le persone omosessuali.

Ciò che ho appreso da questa ricerca è che molte persone — e molti ordinamenti giuridici — hanno bisogno di tempo per adeguarsi ai diversi aspetti dell'orientamento omosessuale. Uno dei miei scopi nell'insegnare diritto comparato dell'orientamento sessuale consiste nel far sì che in futuro gli ordinamenti giuridici — al servizio dei quali ci saranno i miei studenti — richiedano meno tempo per comprendere il bisogno umano di amare e di relazionarsi.

Marcella Distefano\*

## Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile *puzzle* da ricomporre

### Sommario

1. Premessa: i “pezzi” del *puzzle* – 2. La prima sentenza della Corte di Cassazione italiana – 3. *Segue*: le principali questioni di diritto internazionale privato da essa sollevate – 4. *Segue*: il mancato riconoscimento di effetti al certificato di nascita straniero – 5. *Segue*: il limite dell’ordine pubblico internazionale – 6. La considerazione dell’interesse superiore del minore ... alla luce della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* – 7. Considerazioni finali su un possibile inquadramento giuridico della maternità surrogata transnazionale

### Abstract

Il tema degli effetti giuridici da riconnettere ai contratti di maternità surrogata all’interno degli ordinamenti d’origine dei genitori intenzionali prende rilievo nell’agenda politica internazionale degli Stati, nei lavori della *Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato* e nel panorama degli studi internazionalprivatistici. A causa dello spostamento all’estero di coloro che intendono accedere a questa tecnica, si è paventato il rischio di un vero e proprio “turismo procreativo”, che non solo solleva delicati interrogativi giuridici ed etici, in special modo nelle ipotesi di maternità surrogata *commerciale*, ma che determina una situazione di incertezza sullo *status* giuridico da riconoscere al minore. In Italia è intervenuta la Corte di Cassazione, che, nel pronunciarsi per la prima volta su un caso di maternità surrogata transnazionale, ha negato effetti al certificato di nascita straniero attestante il rapporto di filiazione tra la coppia d’intenzione ed il neonato per contrarietà all’ordine pubblico internazionale. Di senso opposto, la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che ha accertato una violazione dell’art. 8 della CEDU a seguito della decisione dei giudici di merito italiani di allontanare il neonato dalla coppia d’intenzione. Dopo una rilettura internazionalprivatistica della sentenza della Corte di Cassazione italiana, proveremo ad enucleare alcune ragioni che, anche alla luce della giurisprudenza europea, militano a favore di un tempestivo inquadramento giuridico della maternità surrogata transnazionale, rilevando da subito che, a nostro avviso, le due sentenze si contraddicono solo apparentemente. Entrambe sono, in effetti, accomunate dalla volontà di realizzare un giusto bilanciamento tra l’interesse pubblico al rispetto delle leggi vigenti (le discipline italiane della procreazione medicalmente assistita, dell’adozione e della filiazione) e l’interesse del minore a non subire discriminazioni nel godimento di diritti fondamentali, quali il diritto all’identità personale, il diritto di acquisire una nazionalità, il diritto ad una vita familiare, solo perché generato grazie a surrogazione di maternità. Risulterà evidente come l’elemento dirimente nella soluzione di questi casi è, in maniera larvata o manifesta, il significato *in concreto* attribuito al c.d. interesse superiore del minore.

*The issue of the legal effects to be attributed to surrogacy contracts within the domestic legal system of intentional parents is of importance for the international political agenda, the work of the Hague Conference on Private*

\* Associato di Diritto Internazionale, Università di Messina. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

International Law and studies in private international law. Since those who intend to avail themselves of this technique do so abroad, there are fears of the risk of what amounts to “procreative tourism”. This raises not only delicate legal and ethical questions, especially in cases of commercial surrogacy, but creates a situation of uncertainty regarding the legal status to be attributed to the child. Italy’s Supreme Court has taken a stance on the issue, ruling for the first time on a case of transnational surrogacy, in which it denied legal effect to a foreign birth certificate stating a parent-child relationship between the intentional parents and the infant, since it deemed this to be in conflict with international public order. In contrast, the judgment of the European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy*, found an infringement of Art. 8 of the ECHR, following the decision of an Italian court to subtract an infant from their Italian intentional parents. After rereading the judgment of the Italian Supreme Court in a private international law perspective, we will try to establish, in the light of European case law, some of the arguments in favour of introducing with due haste a legal framework of transnational surrogacy, starting with our view that the two judgments are only apparently contradictory. Both, in fact, share a common desire to achieve a fair balance between the public interest in accordance with law (Italian legislation on medically assisted procreation, adoption and parentage) and the interests of the child to be free from discrimination in their enjoyment of fundamental rights, such as the right to personal identity, the right to acquire a nationality, and the right to family life, merely because they have been procreated through surrogacy. It will become evident that the fundamental element in the solution of these cases is, in a veiled or overt way, the meaning effectively attributed to the so-called best interests of the child.



## 1. Premessa: i “pezzi” del puzzle

Il tema degli effetti giuridici da riconnettere ai contratti di maternità surrogata<sup>1</sup> all'interno degli ordinamenti d'origine dei genitori intenzionali prende rilievo nell'agenda politica internazionale degli Stati<sup>2</sup>, nei lavori della *Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*<sup>3</sup> e nel panorama degli studi internazionali<sup>4</sup>. In effetti, dato che pochi ordinamenti hanno introdotto specifiche legislazioni su questa tecnica; che solo alcuni Stati, tra quelli che l'ammettono in via legislativa o che le attribuiscono effetti

- 1 La maternità surrogata (*surrogacy, maternité de substitution*) è una tecnica di procreazione che prevede la conclusione di un contratto con cui una donna (c.d. *gestante*) acconsente a portare a termine una gravidanza per conto di una coppia (c.d. *genitori intenzionali o coppia committente*) o di un individuo. Il motivo del ricorso a tale tecnica risiedeva, in origine, nell'impossibilità della donna di portare a termine la gravidanza. Col tempo, essa si è estesa anche alle ipotesi in cui nella coppia sussistono gravi problemi di infertilità o rischi di trasmissione di malattie genetiche. Sebbene i primi casi giurisprudenziali in tema di maternità surrogata risalgano agli anni ottanta del secolo scorso [caso inglese *In Re C, (A Minor) (wardship: surrogacy)*, in *Family Law Reports*, 1985, p. 846; caso statunitense *In The Matter of Baby M*, New Jersey, 1988, reperibile su [www.biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby\\_m.htm](http://www.biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm); nota di Sanger, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2007, p. 67 ss.], solo ora il tema è diventato di stretta attualità, in considerazione del numero sempre più elevato di coppie (ed anche *single*) che ricorrono a questa tecnica. Ai fini di questa indagine teniamo conto di due ipotesi distinte di maternità surrogata: la maternità surrogata c.d. *tradizionale* in cui è presente un legame genetico con uno dei due genitori *intenzionali* o *committenti* (siano essi una coppia o un singolo) e la maternità surrogata eterologa c.d. *gestazionale* in cui l'embrione impiantato nell'utero della madre *gestante* è ottenuto attraverso una tecnica di procreazione medicalmente assistita di gameti esterni alla coppia o all'individuo che ha avuto accesso ad essa. A seconda del fatto che la gestante contribuisca o meno a completare il patrimonio genetico del neonato, si utilizza il termine di *maternità surrogata tradizionale per concepimento* e *gestazione* o per sola *gestazione*.
- 2 Il primo studio che affronta, seppur solo incidentalmente il tema, è il rapporto del Consiglio d'Europa sui principi generali che gli Stati membri dovrebbero seguire in materia di rapporti familiari: cfr. COE, Committee of Experts of Family Law, *Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage - "The White Paper"*, Strasbourg, 2006. Cfr., inoltre, gli studi commissionati dal Parlamento europeo al fine di vagliare l'opportunità di un'azione legislativa nel quadro dell'Unione, da coordinare con quella in discussione in seno alla Conferenza dell'Aja: vedi, in particolare, la nota *"Recognition of Parental Responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for the EU Action?"* (2010); la sintesi della Direzione generale politiche interne, Unità tematica C - Diritti dei cittadini e affari costituzionali dal titolo *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE*, 2013 ed il rapporto completo *"A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States"* dello stesso anno, reperibili all'indirizzo: [www.euro-parl.europa.eu/studies](http://www.euro-parl.europa.eu/studies). Infine va segnalata la sintesi curata dalla Commissione internazionale dello Stato civile sulla situazione esistente in 13 Stati membri, tra cui l'Italia: Ciec, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des états membres de la CIEC*, 2014, reperibile sul sito [www.ciec1.org](http://www.ciec1.org). Va dato conto poi del dibattito in corso in alcuni Stati europei, come il Belgio, la Francia e la Svizzera, sul concetto stesso di "filiazione" e sulle conseguenze del ricorso alla maternità surrogata in termini di stabilimento della filiazione: per il Belgio vedi il volume curato da H. Fulchiron, J. Sosson, *Parenté, filiation, origines. Le droit à l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013; per la Svizzera, il rapporto del Consiglio Federale Elvetico del 15 maggio 2013 sui problemi giuridici sollevati dalla maternità surrogata; per la Francia, il rapporto del Gruppo di lavoro su *"Filiation, origines, parentalité"* presieduto dalla sociologa Thèry e stilato dalla giurista Leroyer dal titolo *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, La Documentation Française, 2014. Tutti i documenti sono facilmente reperibili su internet.
- 3 Nel 2010 il Bureau Permanent della Conferenza dell'Aja, nell'ambito degli studi intrapresi sul tema dello statuto dei minori, ha deciso di focalizzare l'attenzione anche sulla maternità surrogata. Il primo documento preliminare è datato 2011 e come si evince dal titolo *"Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international"* si sofferma sul problema della incertezza dello status giuridico del minore nato a seguito di un accordo di maternità surrogata. Il secondo documento del 2012 dal titolo *"Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international"* si sofferma su un esame comparativistico delle legislazioni nazionali ed ipotizza la necessità di un trattato internazionale che uniformi le regole di diritto internazionale privato sullo stabilimento e la contestazione della filiazione giuridica. Il terzo documento attiene all'opportunità di proseguire nell'esame della questione *"Opportunité et possibilité de poursuivre le travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution"* (2014), mentre il quarto dello stesso anno *"A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements"* tiene conto delle risposte fornite dagli Stati membri, dagli operatori giuridici, dal personale medico e dalle agenzie di maternità surrogata a quattro distinti questionari sull'argomento. I documenti sono tutti reperibili sul sito [www.hcch.net](http://www.hcch.net).
- 4 Vedi, tra gli altri, P. Beaumont, L. Trimmings, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 627-647; Id. (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013; Davis, *The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2012, p. 120 ss.; Fulchiron, *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?*, in *Clunet*, 2014, pp. 563-588; Fenton-Glynn, *Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy*, in *Journal of Private International Law*, 2014, pp. 157-169; Tonolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 81-108; Tobin, *To Prohibit or Permit: What Is The (Human) Rights Response to The Practice of International*

in via giudiziaria, riconoscono anche un legame giuridico tra i genitori intenzionali ed il neonato; che ancora numerosi restano i Paesi, come il nostro, che la vietano<sup>5</sup>; coloro che intendono accedere a questa tecnica non possono che spostarsi verso quegli Stati dove essa è ammessa, i costi sono inferiori ovvero risulta più facile reperire una madre di grembo.

Si è palesato, di conseguenza, il rischio di un vero e proprio “turismo procreativo”, che non solo solleva delicati interrogativi giuridici ed etici, in special modo nelle ipotesi di maternità surrogata *commerciale*, ma che determina una situazione di incertezza sullo *status* giuridico da riconoscere al minore.

In Italia, dopo alcune decisioni di merito altalenanti<sup>6</sup>, è intervenuta la Corte di Cassazione, che, nel pronunciarsi per la prima volta su un caso di maternità surrogata transnazionale, ha negato effetti al certificato di nascita straniero attestante il rapporto di filiazione tra la coppia d'intenzione ed il neonato, invocando il limite dell'ordine pubblico internazionale<sup>7</sup>.

A fare da contraltare alla decisione della Suprema Corte, da una parte le decisioni, rese in sede penale, che hanno escluso la sussistenza del reato di alterazione di stato, aprendo, di fatto, le porte alla trascrizione del certificato di nascita straniero nei registri dello stato civile<sup>8</sup> e, dall'altra, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che ha accertato una violazione dell'art. 8 della CEDU a seguito della decisione dei giudici di merito italiani di allontanare il neonato dalla coppia d'intenzione<sup>9</sup>.

Dopo una rilettura internazionalprivatistica della sentenza della Corte di Cassazione italiana, proveremo ad enucleare alcune ragioni che, anche alla luce della giurisprudenza europea, militano a favore di un tempestivo inquadramento giuridico della maternità surrogata transnazionale, rilevando da subito che, a nostro avviso, le due sentenze si contraddicono solo apparentemente. Entrambe sono, in effetti, accomunate dalla volontà di realizzare un giusto bilanciamento tra l'interesse pubblico al rispetto delle leggi vigenti (le discipline italiane della procreazione medicalmente assistita, dell'adozione e della filiazione) e l'interesse del minore a non subire discriminazioni nel godimento di diritti fondamentali, quali il diritto all'identità personale, il diritto di acquisire una nazionalità, il diritto ad una vita familiare, solo perché generato grazie a surrogazione di maternità. Risulterà evidente come l'elemento dirimente

---

*Commercial Surrogacy?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 317-352; Sindres, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Clunet*, 2/ 2015, che ricostruisce il vivace dibattito dottrinale in Francia.

- 5 Dai dati reperibili sul sito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, aggiornati al 26 agosto 2013, non hanno una legislazione specifica sulla maternità surrogata i seguenti Stati: Argentina, Australia, Belgio, Brasile, Irlanda, Giappone, Canada, Messico (Stato del Messico); Paesi Bassi, Repubblica Ceca, Stati Uniti d'America (Michigan, New York), Venezuela, Cipro; hanno introdotto in via legislativa o riconosciuto in via giurisprudenziale la surrogazione di maternità: la Georgia, l'India, l'Uganda, la Russia, la Thailandia, l'Ucraina, Israele, il Vietnam e alcuni Stati USA (California, Carolina del Sud, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania, Alabama, Arkansas, Connecticut, Dakota del Sud, Illinois, Iowa, Nevada, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginia occidentale). I contratti di maternità surrogata sono vietati, oltre che in Italia, anche in Germania, Francia, Giappone, Cina (continentale), Messico (Stato federale del Querétaro), Norvegia, Austria, Portogallo, Svezia, Svizzera, Slovenia, Spagna e alcuni Stati federali degli Stati Uniti d'America (Distretto di Columbia, Arizona).
- 6 Vedi Tribunale di Monza, sentenza del 27 ottobre 1989, che ha decretato la nullità di un contratto internazionale di sostituzione di maternità c.d. *commerciale* concluso in Italia tra una coppia italiana ed una cittadina algerina, e Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, che, viceversa, ha riconosciuto effetti in Italia ad un provvedimento inglese (c.d. *parental order*) che attribuiva la responsabilità genitoriale alla coppia intenzionale in un caso di maternità surrogata transnazionale c.d. *tradizionale*. Quest'ultima decisione è stata commentata da Castellaneta in *Guida al Diritto. Il Sole 24 ore*, 5/2009, p. 50 ss. e da Campiglio in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 589 ss.
- 7 Corte di Cassazione, sentenza del 26 settembre 2014 n. 24001/14, depositata in data 11 novembre 2014. Tra i primi commenti vedi Figone, *Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 25 novembre 2014; Salone, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *Diritto civile contemporaneo*, [www.diritto civile contemporaneo.com](http://www.diritto civile contemporaneo.com), 2014.
- 8 Sebbene esuli da questa indagine il profilo penale della vicenda, preme richiamare l'attenzione sul fatto che diverse decisioni dei tribunali italiani hanno escluso che in queste ipotesi i c.d. *genitori intenzionali* possano essere perseguiti, ai sensi della legge 40/2004 per la violazione del divieto di cui all'art. 12: esso, infatti, si riferisce a coloro che organizzano o realizzano la maternità surrogata (agenzie che offrono tale servizio, personale medico e simili). Sotto il diverso profilo del reato di alterazione di stato gli orientamenti dei tribunali italiani non sono unanimi, anche se tendono a non riconnettere la commissione del reato: vedi, tra gli altri, Tribunale di Milano, sentenze del 15 ottobre 2013, 8 aprile 2014 e 24 marzo 2015 (non ancora depositata) e Tribunale di Varese, sentenza del 8 ottobre 2014. *Contra* Tribunale di Brescia, sentenza del 26 novembre 2013. Le sentenze citate sono consultabili in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), a cui si rimanda anche per alcuni commenti in materia.
- 9 Corte Edu, *Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015, in questa *Rivista*, p. 315 ss. Per un brevissimo commento della sentenza vedi Viviani, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, 3 febbraio 2015, reperibile nel blog del sito web della SIDI (Società italiana di diritto internazionale).

nella soluzione di questi casi è, in maniera larvata o manifesta, il significato *in concreto* attribuito al c.d. interesse superiore del minore<sup>10</sup>.

## 2. La prima sentenza della Corte di Cassazione italiana

Pronunciandosi per la prima volta sul tema, la nostra Corte di Cassazione ha inteso fissare alcuni “limiti” alla possibilità di riconoscere effetti giuridici in Italia alla surrogazione di maternità.

In particolare, premesso che la legge 40/2004 vieta il ricorso nel nostro Paese alla maternità per sostituzione<sup>11</sup> e che alcuni giudici di merito, investiti dello stesso problema negli anni passati, sono giunti a soluzioni diametralmente diverse tra loro<sup>12</sup>, la Suprema Corte, nel ribadire la centralità dell’istituto dell’adozione nei casi in cui si voglia realizzare una genitorialità disgiunta dal legame biologico, ha centrato la sua decisione sull’impossibilità di riconoscere effetti giuridici in Italia al certificato di nascita rilasciato dalle autorità ucraine, per contrarietà all’ordine pubblico.

Il caso in breve. Una coppia di cittadini italiani, impossibilitata ad avere figli (la madre *intenzionale* aveva subito un intervento di isterectomia, mentre il marito soffriva di oligospermia), aveva per tre volte avanzato domanda di adozione. Tali richieste erano state respinte per “grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva”.

Premesso che la coppia aveva superato da tempo l’età che consente l’adozione di un neonato in Italia, i due cittadini italiani si erano allora recati all’estero, in Ucraina, dove avevano concluso un contratto di maternità surrogata con una cittadina del luogo. Quest’ultima si era impegnata, dietro pagamento di un corrispettivo, a portare a termine una maternità per loro conto, dopo aver subito l’impianto di un embrione, ottenuto attraverso la fecondazione *in vitro* di ovocita e sperma di donatori anonimi.

Trascorsi pochi mesi dalla nascita del neonato (avvenuta in data 5 settembre 2011), la madre gestante aveva rimesso il bambino alla coppia italiana che, facendo rientro in Italia, aveva esibito l’atto di nascita rilasciato dalle autorità ucraine, ai sensi del quale i due risultavano genitori del neonato. Veniva richiesta, di conseguenza, la trascrizione del certificato e l’iscrizione del minore, quale figlio della coppia, nei registri dello stato civile italiano.

Sospettendosi la non veridicità della dichiarazione di nascita, la coppia era stata sottoposta a procedimento penale per alterazione di stato. Con ricorso del 20 gennaio 2012 il p.m. aveva avanzato la richiesta di declaratoria dello stato di adottabilità del neonato al Tribunale per i minorenni di Brescia. Il Tribunale, dopo la nomina di un curatore speciale per il minore, lo aveva affidato ai servizi sociali, con collocazione temporanea presso gli apparenti genitori. Costituitasi in giudizio, la coppia aveva dichiarato che il neonato era stato generato grazie a surrogazione di maternità ai sensi della legge ucraina e che la madre presunta, vale a dire la signora italiana indicata nel certificato, non era la madre biologica del bambino. Il Tribunale, accertata altresì l’assenza di un legame genetico con il presunto padre, aveva dichiarato lo stato di abbandono e, quindi, di adottabilità del minore; lo aveva collocato presso una coppia tra quelle in lista per l’adozione nazionale ed aveva sospeso l’esercizio della potestà genitoriale alla coppia, nominando un tutore legale per il bambino.

Il decreto del Tribunale per i Minorenni di Brescia, datato 14/8/2012, confermato in appello con sentenza depositata il 17 gennaio 2013, veniva impugnato dai coniugi italiani dinnanzi alla Corte di Cas-

10 Insiste sul valore fondamentale del principio anche il Comitato sui diritti del fanciullo nel *General Comment* n. 14 del 29 gennaio 2013 (doc. CRC/C/GC/14).

11 La legge 40 del 2004, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, è stata oggetto di numerose pronunce di illegittimità costituzionale che hanno eliminato alcuni divieti, come quello in tema di accesso alla fecondazione eterologa, e soppresso alcuni obblighi, come quello di consentire la produzione di soli tre embrioni o quello relativo all’impianto contemporaneo dei tre embrioni prodotti. Resta in vigore la norma contenuta nell’art. 12 comma 6 la quale prevede, *inter alia*, che «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la ... surrogazione di maternità è punito con la reclusione tra tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di Euro». Nell’ultima declaratoria di illegittimità costituzionale (n. 162/2014) relativa al divieto di fecondazione eterologa la stessa Corte Costituzionale ha espressamente ribadito che, in nessun modo e in nessun punto, viene incisa dalla suddetta pronuncia la disposizione di cui all’art. 12, sesto comma, che, pertanto, mantiene validità ed efficacia. Su ciò che resta della legge 40/2004, anche alla luce dei parametri internazionali introdotti dalla giurisprudenza CEDU, vedi A. Di Stefano, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in materia di diagnosi pre-impianto*, in *La Comunità internazionale*, 2013, pp. 745-772 e il chiaro commento di Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 ss.

12 Vedi *supra* nota 6.



sazione, che rigettava il ricorso, centrando la decisione sull'impossibilità di riconoscere effetti in Italia al certificato di nascita straniero per contrarietà all'ordine pubblico internazionale. Veniva sottolineato, altresì, il comportamento ritenuto "fraudolento" della coppia che aveva, in un primo momento, reso una dichiarazione falsa e, nei fatti, tentato di aggirare i limiti posti dalla legge italiana sull'adozione di un neonato.

### 3. **Segue: le principali questioni di diritto internazionale privato da essa sollevate**

Partendo dalla soluzione prescelta dalla Corte, quella di porre l'accento sul limite internazionalprivatistico dell'ordine pubblico, veniamo a precisare meglio quelle che, secondo noi, sono le principali questioni di diritto internazionale privato che il tema della maternità surrogata transnazionale solleva per il nostro ordinamento.

L'ipotesi sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione era quella di una maternità surrogata eterologa transnazionale commerciale per *gestazione*, che aveva comportato il coinvolgimento di cinque diversi soggetti: la c.d. *coppia d'intenzione*, due donatori anonimi di gameti ed una madre gestante, vale a dire colei che, dietro il pagamento di un corrispettivo, aveva portato in grembo l'embrione, consentendone la nascita.

Diversa da quella c.d. *tradizionale* in cui è presente un legame genetico con almeno uno dei due genitori intenzionali, tale ipotesi è molto ricorrente nella prassi ed è anche la più complessa da risolvere da un punto di vista giuridico, essendo connotata da elementi di internazionalità. Essa, infatti, non solo solleva lo specifico problema della vigenza del limite dell'ordine pubblico rispetto ad un istituto giuridico sconosciuto (*rectius*, vietato) dal nostro ordinamento, ma pone, in termini teorici, in primo luogo un problema di qualificazione<sup>13</sup>.

Ci troviamo di fronte ad una fattispecie complessa, costituita da un contratto internazionale da cui può derivare l'attribuzione di uno *status* familiare. Non riteniamo che la questione possa risolversi riferendosi alla teoria delle questioni preliminari. Infatti, pur trattandosi di due distinte fattispecie di rilievo internazionalprivatistico, esse non si pongono in termini di rapporto tra una questione preliminare (il contratto di maternità surrogata) ed una questione principale (l'attribuzione dello *status filiationis*), essendo il contratto di maternità surrogata rimesso all'esecuzione delle parti, mentre l'attribuzione dello *status familiare* una prerogativa statale. Inoltre, è ben possibile che nonostante il contratto di maternità surrogata sia eseguito e portato a termine, la coppia d'intenzione rifiuti di farsi carico del neonato, come confermano numerosi casi di abbandono in Thailandia e India<sup>14</sup> oppure che la gestante decida di tenere con sé il bambino.

Qualificando *lege fori* la maternità surrogata transnazionale, le alternative che sembrano prospettarsi sono essenzialmente due: sussumere la fattispecie entro il concetto di obbligazione contrattuale ovvero inquadrarla in termini di accertamento e riconoscimento di uno *status* personale.

Se si propendesse per la qualificazione del caso come contratto, la disciplina andrebbe rinvenuta nell'art. 57 della legge 218/95 sulla *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (di seguito, legge 218/95) che richiama la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, oggi sostituita dal Regolamento Roma I<sup>15</sup>.

13 Per una puntuale ricostruzione del dibattito dottrinale relativo al problema della qualificazione vedi, per tutti, Boschiero, *Il problema delle qualificazioni*, in F. Preite (dir.), *Trattato notarile, Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale* (a cura di Preite e Gazzanti Pugliese di Cotrone), vol. I, Diritto internazionale privato, Torino, Utet, 2011, p. 61 ss.

14 Vedi HCCH, Prel. Doc. N. 3°, *The Parentage/Surrogacy Project: An Adapting Note*, February 2015.

15 Regolamento CE n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Per un commento sulla disciplina vedi il volume curato da N. Boschiero, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, Giappichelli, 2009. Si condivide la posizione dottrinale che, alla luce della disposizione contenuta nell'art. 24 del Regolamento Roma I, ritiene che il rinvio alla Convenzione di Roma sia oggi da considerare rinvio al Regolamento: vedi, tra gli altri, Marongiu Bonaiuti, *Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, P. Franzina (a cura di), Padova, Cedam, 2006, p. 143; Salerno, *Le conseguenze del regolamento "Roma I" sulla legge italiana di diritto internazionale privato*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al nuovo regolamento "Roma I"*, I quaderni della Fondazione italiana per il notariato, Roma, 2007, p. 183; Bonfanti, *Le relazioni intercorrenti tra il regolamento Roma I e le convenzioni internazionali (in vigore e non)*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, N. Boschiero (a cura di), cit., p. 388 ss.; Boschiero, *Vendita (diritto internazionale privato)*, in *Dizionario del diritto privato*, N. Irti (a cura di),



In questo caso il problema centrale sarebbe quello dell'esecuzione nel nostro ordinamento giuridico di un contratto di maternità surrogata stipulato all'estero e sottoposto, per scelta delle parti, alla legge di un Paese che ammette il ricorso a tale tecnica. Un siffatto contratto avrebbe difficoltà ad essere eseguito in Italia stante la contrarietà sia alle norme imperative che nel nostro ordinamento vietano la surrogazione di maternità, la disponibilità del corpo umano o di parti di esso, anche a scopo di lucro, e la disponibilità degli *status* familiari, sia alle norme di ordine pubblico che tutelano la dignità umana della gestante e del neonato<sup>16</sup>.

Se, viceversa, come qui si predilige<sup>17</sup> e come nei fatti la questione è stata posta ai giudici italiani, si qualificasse la fattispecie come questione attinente al riconoscimento di uno *status* familiare acquisito all'estero, verranno in rilievo le norme contenute negli artt. 64 e ss. della legge 218/95. Tra queste norme si dovrebbe applicare, in prima battuta, l'art. 65 che, come noto, richiede che l'atto pubblico provenga (o ivi venga riconosciuto) dalle autorità del Paese la cui legge avrebbe disciplinato il rapporto familiare, nel nostro caso la filiazione<sup>18</sup>. Se sussiste questa coincidenza tra autorità che ha emesso l'atto e ordinamento applicabile alla disciplina del rapporto *ex art.* 33 della legge 218/95, l'atto è automaticamente riconosciuto, a meno che sia contrario all'ordine pubblico. Viceversa, qualora l'art. 65 non possa trovare applicazione ritornerà operativa la norma contenuta nell'art. 64, che esige ugualmente il rispetto dell'ordine pubblico.

In questa seconda ipotesi il problema più delicato, sarà quello della ricostruzione di uno *status filiationis* sulla base dello *status civitatis* del minore, come richiesto dalla disciplina internazionalprivatistica della filiazione, atteso che la nostra legislazione predilige l'attribuzione della nazionalità *jure sanguinis* e riconnette la maternità al parto. Viceversa, nel caso di surrogazione di maternità, la maggior parte delle legislazioni nazionali che l'ammettono escludono espressamente che la madre gestante (colei che partorisce il neonato) venga considerata madre legale del neonato, determinando una chiara incertezza in merito all'acquisizione di una nazionalità. Se poi guardiamo all'ipotesi specifica della maternità surrogata eterologa transnazionale di tipo *gestazionale*, quella oggetto della decisione della Corte, la questione dell'attribuzione di una nazionalità, e di conseguenza dello *status filiationis*, è ulteriormente complicata dal fatto che ci troviamo in presenza di "tre madri potenziali": una madre biologica (anonima), una madre di grembo (che rifiuta la maternità) e una madre intenzionale che, al contrario, la rivendica sulla

Milano, 2010, p. 493 ss.; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, Utet Giuridica, 2010, p. 33 ss.

16 In quest'ultimo caso i rischi maggiori cui possono incorrere la madre gestante ed il neonato sono, rispettivamente, il fatto di essere "obbligata" a prestare il proprio utero, cioè la circostanza che la gestante non abbia manifestato un consenso libero e informato, anche sotto il profilo del rispetto della sua salute, e che il neonato possa essere oggetto di vendita. Entrambe le situazioni ledono i diritti umani dei soggetti coinvolti e sono espressamente vietate dal diritto internazionale vigente.

17 Vedi nello stesso senso Campiglio, *Filiazione (dir. int. priv.)*, in *Enciclopedia Treccani* on line.

18 L'art. 65, "Riconoscimento di provvedimenti stranieri", dispone che «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti della difesa». L'art. 65 è ritenuto espressione di un particolare metodo di coordinamento tra sistemi, conosciuto come *riferimento all'ordinamento competente* (su cui vedi P. Picone, *Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, p. 309 ss., poi ampliato in *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1986, p. 229 ss. ed. in italiano, nel volume *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Napoli, 1986). Esso si prefigge l'intento di evitare il sorgere di situazioni claudicanti in materia di rapporti di famiglia, attraverso il riconoscimento di situazioni giuridiche formate o riconosciute all'estero. Dopo l'emanazione della legge 218/95, la dottrina, seppur con differenti ricostruzioni teoriche, ha ricondotto nell'alveo applicativo di tale disposizione anche "gli atti di natura amministrativa che incidano su situazioni giuridiche soggettive": così N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 164; Bariatti, *Art. 65*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996, p. 333; Campiglio, *Art. 33-37, ibidem*, p. 181; B. Barel, S. Armellini, *Manuale breve. Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 280; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale* cit., p. 355 ss., che tuttavia non escludono il riferimento all'art. 67. Non parrebbe rilevare nel caso di specie l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia, inaugurato con la sentenza *Dafeki*, tendente al riconoscimento degli *status* familiari nello spazio giudiziario europeo, provenendo il certificato da uno Stato terzo. In effetti, la circolazione degli *status* familiari risponde, nel processo d'integrazione europea, al godimento della libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione ed è motivata, dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, dal principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'UE. Sull'argomento vedi, tra gli altri, L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, Cedam, 2007.

base dell'atto pubblico straniero<sup>19</sup>. Con la conseguenza che il limite dell'ordine pubblico assumerà un rilievo pregnante.

Se queste sono le principali questioni di diritto internazionale privato, vediamo in dettaglio come alcune di esse sono state affrontate e risolte nella decisione della Corte di Cassazione.

#### 4. **Segue: il mancato riconoscimento di effetti al certificato di nascita straniero**

Il primo aspetto sottoposto al vaglio della Suprema Corte riguardava la validità formale e sostanziale del certificato di nascita rilasciato dalle autorità ucraine.

La coppia italiana avanzava su questo punto due distinte censure nei confronti della decisione della Corte d'appello: la prima riguardava la violazione e falsa applicazione della legge italiana (n. 1253 del 1966) di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sull'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri; la seconda atteneva alla violazione della legge 218/1995, relativamente alle disposizioni contenute negli artt. 67 e 68, da un canto, e nell'art. 33, terzo comma, dall'altro.

Sulla prima censura, con la quale i ricorrenti contestavano l'applicazione dell'art. 65 della legge 218/95 in luogo della sopra menzionata disciplina convenzionale, la Corte di Cassazione ha ricordato correttamente che l'*apostille* attesta solo l'autenticità dell'atto pubblico straniero come proveniente, nel nostro caso, dalle autorità ucraine e non la sua validità nell'ordinamento giuridico italiano<sup>20</sup>. In particolare, la convenzione dell'Aja del 1961, in vigore tra l'Italia e l'Ucraina, prevede la soppressione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri e la sua sostituzione con l'*apostille*, intesa come l'apposizione, in coda all'atto, di un'attestazione della veridicità della firma apposta nell'atto, della qualità in cui il firmatario dell'atto ha agito e dell'identità del sigillo o del timbro apposto.

Secondo i ricorrenti, la Corte d'appello avrebbe escluso e disatteso l'applicazione di tale disciplina, procedendo ad un esame della validità del certificato di nascita ucraino, munito di regolare *apostille*, ai sensi dell'art. 65 della legge 218/95.

Su questo aspetto va ribadito che l'atto pubblico straniero, nel nostro caso un certificato attestante uno *status* personale, va sottoposto al vaglio delle norme di diritto internazionale privato ai fini del riconoscimento di effetti giuridici all'interno del nostro ordinamento. Stante la veridicità dell'atto, il Tribunale dei minorenni prima e, la Corte d'appello poi, hanno correttamente proceduto a verificare l'esistenza delle condizioni richieste dagli artt. 64 ss. della legge 218/95, propendendo per l'applicazione della norma contenuta nell'art. 65 che si occupa dei rapporti di famiglia<sup>21</sup>.

19 È evidente che la situazione sarebbe diversa qualora la nazionalità venga attribuita, nello Stato in cui si ricorre alla maternità surrogata, *iure soli*. In quel caso, infatti, avremmo una nazionalità su cui basare la "ricerca" dello *status filiationis*. La nuova disciplina internazionalprivatistica della filiazione ha tentato di porre rimedio a quello che parte della dottrina ha definito un "finto circolo vizioso", vale a dire l'impossibilità di ricostruire lo *status filiationis* sulla base dello *status civitatis*: cfr. F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, Torino, Utet Giuridica, 2007, p. 97, prevedendo, in via residuale, l'applicazione della legge italiana. In realtà, in questo modo si risolve il problema della determinazione di una legge applicabile al caso, ma resta quello dell'accertamento di uno *status filiationis* sulla base della legge italiana, che esclude la maternità surrogata.

20 Come noto, rispondendo all'esigenza di favorire la circolazione degli atti pubblici stranieri, soprattutto in ambito europeo, l'Italia ha aderito a numerose convenzioni multilaterali e bilaterali in materia di semplificazione delle formalità necessarie per provare l'esistenza all'estero di un atto pubblico straniero, sia esso di natura legislativa, giudiziaria o amministrativa, sia esso un atto notarile. Cfr. Gasparro, *Atti pubblici e legalizzazioni*, in F. Pocar, T. Treves, R. Clerici, P. De Cesari, F. Trombetta Panigadi, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1619 ss.

21 Va precisato che il riferimento dei ricorrenti all'applicazione degli artt. 67 e 68, in luogo dell'art. 65, non appare, a nostro avviso, praticabile in quanto quelle norme attengono al diverso profilo dell'attuazione ed esecuzione delle sentenze straniere, dei provvedimenti di volontaria giurisdizione e degli atti pubblici stranieri muniti di forza esecutiva, nell'ipotesi in cui ne venga contestato il riconoscimento o si debba procedere ad esecuzione forzata. Infatti, la legge italiana di d.i.p. ha optato, in materia di riconoscimento di effetti giuridici alle sentenze e ai provvedimenti stranieri, per la regola del riconoscimento *automatico*, che esclude un giudizio di delibazione da parte dei nostri giudici ai fini della dichiarazione di efficacia della sentenza o dell'atto pubblico straniero. L'altro profilo, quello esecutivo, necessita di un controllo giurisdizionale in caso di mancata ottemperanza, contestazione del riconoscimento o qualora si voglia procedere all'esecuzione forzata. Da qui la previsione disgiunta del riconoscimento automatico dell'efficacia giuridica ai sensi degli artt. 64, 65 e 66 e dell'esecuzione e attuazione ai sensi degli artt. 67 e 68 della legge 218/95.

La seconda censura mossa dai ricorrenti riguardava la violazione dell'art. 33, terzo comma della legge 218/95, il quale prevede che i presupposti e gli effetti dell'accertamento o della contestazione dello status di figlio siano disciplinati dalla legge nazionale del minore.

Considerato che la filiazione risultava dal certificato di nascita rilasciato dalle autorità ucraine, i ricorrenti, nel ribadire l'impossibilità da parte dei nostri giudici di effettuare una valutazione sulla sua validità<sup>22</sup>, sottolineavano che la legge applicabile al caso di specie fosse quella ucraina e che, pertanto, solo ai sensi di tale legge potesse essere contestato lo status *filiationis*. In altri termini, escludevano l'applicabilità al caso di specie, ex art. 33 terzo comma, della legge italiana.

Per dirimere questa censura la Corte di Cassazione, con un passaggio argomentativo alquanto sibilino<sup>23</sup>, ammette che il certificato di nascita provenga dall'ordinamento competente ai sensi dell'art. 65, per poi invocare l'operatività del limite dell'ordine pubblico al fine di dichiarare inefficace, nel nostro ordinamento, il certificato di nascita.

In realtà, prima di vagliare la compatibilità degli effetti derivanti dal certificato di nascita ucraino con il limite dell'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 65 andava preliminarmente determinato il c.d. *ordinamento competente*. Provando a ragionare per ipotesi, applicando l'art. 33 nella sua interezza<sup>24</sup>, le uniche due leggi applicabili all'accertamento dello status *filiationis* erano la legge ucraina o la legge italiana. In entrambi i casi il rapporto di filiazione risulterebbe escluso e con esso l'attribuzione di una nazionalità, dovendosi di conseguenza procedere ad applicare la legge italiana, quella sull'adozione, in presenza di un neonato privo di genitori e apolide in territorio italiano.

Partiamo dalla prima ipotesi. Perché la legge ucraina avesse potuto trovare applicazione al caso di specie occorre dimostrare che il minore, per effetto della nascita in territorio ucraino e/o da una madre gestante di nazionalità ucraina, avesse acquisito la nazionalità di quel Paese. Ma la legge ucraina non solo non attribuisce la nazionalità *iure soli*, ma esclude espressamente che, in caso di surrogazione di maternità, il neonato venga ritenuto figlio della gestante, impedendo così l'attribuzione *iure sanguinis* della nazionalità al neonato<sup>25</sup>.

- 
- 22 A supporto della loro posizione i ricorrenti richiamavano le sentenze della Corte di Cassazione in tema di validità dei certificati di nascita stranieri (Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza del 14 gennaio 2003 n. 367; Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza del 1 ottobre 2003 n. 14545), dove si precisa che il giudice italiano non può contestare la validità di un atto pubblico straniero, sovrapponendo fonti di informazione estranee e nazionali.
- 23 Cfr. par. 2.1: «Il motivo è infondato perché i precedenti di questa Corte richiamati dai ricorrenti non escludono affatto la vigenza del limite generale dell'ordine pubblico (...) con il quale la disciplina straniera della filiazione e del suo accertamento — pur nella specie applicabile *in linea di principio*, ad avviso sia dei ricorrenti che della Corte d'appello — si trovi ad essere in contrasto» (corsivi aggiunti).
- 24 La disciplina della filiazione contenuta nella legge 218/95 appare ispirata al principio del *favor filiationis*, prevedendo in via principale che lo status *filiationis* sia disciplinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita e che, ai sensi della stessa legge, se ne possa contestare lo status. Il secondo comma dell'art. 33, applicabile *ratione temporis*, aggiungeva il riconoscimento del figlio legittimo anche ai sensi della legge di cittadinanza di uno dei due genitori. Sul concorso tra leggi e sul valore del c.d. *rinvio in fauorem* previsto dall'art. 13 l. 218/95 in materia di filiazione vedi in dottrina Campiglio, *Art. 33-37 cit.*, p. 178 ss.; Carella, *Art. 33-37*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1184 ss. Vedi, inoltre, sull'argomento Picone, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 277 ss. Per commenti aggiornati della disciplina internazionaleprivatistica della filiazione vedi Corbetta, *Artt. 33-37. Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, A. Zaccaria (a cura di), II ed., Padova, Cedam, 2011, p. 2909 ss. e Casella, *La filiazione nel sistema di diritto internazionale privato*, in *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, Basini, Bonilini, Confortini (a cura di), Torino, Utet Giuridica, 2014, p. 5259 ss. La novella legislativa sulla filiazione (l. 219/2012) ha previsto la modifica dell'art. 33, disponendo l'operatività di più leggi nell'ottica sempre di favorire l'accertamento dello status *filiationis*. Accanto alla legge nazionale del figlio al momento della nascita trova applicazione, a partire dal 7 febbraio 2014, anche la legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita, se più favorevole. Nei casi in cui non sia possibile l'accertamento o la contestazione dello status di figlio dovrà essere applicata la legge italiana. Quest'ultima previsione, totalmente assente nella precedente versione della norma, appare chiaramente ispirata al metodo delle considerazioni materiali, nel senso che prevede in ogni caso una legge applicabile al caso, al pari di quella contenuta nell'art. 31 della legge 218/95.
- 25 In ogni caso, pur ammettendo in via meramente ipotetica che, come richiesto dai ricorrenti, l'accertamento dello status *filiationis* andasse compiuto ai sensi della legge ucraina, in quanto legge applicabile alla fattispecie, lo status *filiationis* non avrebbe potuto essere riconosciuto, stante l'inesistenza del rapporto di filiazione ai sensi della legge ucraina. Infatti, tale legge ammette il ricorso alla maternità surrogata, a condizione che gli ovociti non appartengano alla gestante e che il neonato possieda almeno il 50% del patrimonio genetico della coppia c.d. *committente*. Non ricorrendo nel caso di specie l'ultimo dei due requisiti sopra enunciati, la coppia italiana non avrebbe potuto acquisire lo status di madre o padre del neonato ai sensi della legge ucraina. Questo aspetto, di non immediata evidenza, risulta da una corretta applicazione della legge 218/95, la quale agli artt. 14 e 15 dispone che la legge straniera, ritenuta applicabile al caso di specie, vada conosciuta, applicata ed interpretata secondo i propri criteri. In altri termini, sarebbe stato sufficiente per i giudici italiani escludere il rapporto di filiazione, stante



Esclusa l'applicabilità al caso di specie della legge ucraina, non restava che verificare se ai sensi della legge italiana — applicabile comunque al caso o come legge nazionale dei "presunti" genitori *ex art.* 33 secondo comma della legge 218/95 o come legge del domicilio di un minore apolide *ex art.* 19 della legge 218/95 — il neonato avesse acquisito una nazionalità ed uno *status filiationis*. Considerato che, in Italia, è madre colei che partorisce il neonato (*art.* 269 terzo comma, c.c.) e che la nazionalità si trasmette *iure sanguinis* i giudici italiani non avrebbero potuto che dichiarare l'inesistenza dello *status filiations*, decretando di conseguenza lo stato di abbandono e di adottabilità del minore sulla base dell'*art.* 8 della legge 84/1983.

Pertanto, ai fini del riconoscimento di efficacia del certificato di nascita straniero, appurata l'inesistenza di un "ordinamento competente", andava esclusa l'applicazione dell'*art.* 65, per ritenere applicabile, in via complementare, la norma contenuta nell'*art.* 64<sup>26</sup>. Applicando quest'ultima il giudice italiano avrebbe dovuto ugualmente vagliare il rispetto del limite dell'ordine pubblico, ma dal punto di vista formale la decisione sarebbe stata più consona al dettato normativo della legge 218/95.

## 5. Segue: il limite dell'ordine pubblico internazionale

Entriamo così nel cuore della vicenda processuale, vale a dire la ricostruzione della nozione di ordine pubblico c.d. *internazionale* e la sua valenza nel caso di specie.

Su questo profilo i ricorrenti lamentavano la violazione dell'*art.* 16 della legge 218/95 (relativo al limite dell'ordine pubblico), dell'*art.* 3 della Convenzione di New York sui diritti del minore del 1989 (concernente il principio del *Best Interest of the Child*) e dell'*art.* 23 del Regolamento *Bruxelles II-bis* (riguardante le cause ostative al riconoscimento di provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale). In particolare, essi sottolineavano che il limite dell'ordine pubblico da prendere in considerazione non era quello dell'ordine pubblico interno, bensì *internazionale*, vale a dire i «principi fondamentali caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico». Esso, sempre secondo i ricorrenti, andava ricostruito individuando «i valori condivisi dalla Comunità internazionale» su questa materia, valori che andrebbero poi «armonizzati con il sistema interno». Così ragionando, andava, in particolare, ricompreso al suo interno il principio dell'interesse superiore del minore, "declinato" nel senso di consentire il mantenimento del legame affettivo e relazionale *de facto* instaurato tra la coppia committente e il neonato. Nessun rilievo avrebbe la nullità del contratto di maternità surrogata ai sensi della 40/2004, dovendosi prestare attenzione alla sola circostanza che, in esecuzione di quel contratto, un bambino sia venuto al mondo e sia stato accolto dalla coppia committente come "un figlio".

Premesso che le norme del Regolamento *Bruxelles II-bis* non rilevavano nel caso di specie in quanto non applicabili all'accertamento dello *status filiations* (*ex art.* 1, par. 3 del reg.), la Corte di Cassazione ha ricostruito la nozione di ordine pubblico *internazionale* in senso negativo, come l'insieme di quei principi giuridici ritenuti fondamentali e irrinunciabili per l'ordinamento italiano al fine di garantire la coerenza interna del sistema di fronte all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri<sup>27</sup>.

---

la violazione della stessa legge ucraina in materia di surrogazione di maternità, piuttosto che optare per l'applicazione *in via di principio* della legge ucraina, per poi rendere operante il limite dell'ordine pubblico. La stessa Corte di Cassazione non si spinge fino a questo punto del ragionamento di diritto internazionale privato, seguendo la via "tracciata" dai giudici di merito ed "avallata" dagli stessi ricorrenti.

- 26 Avevamo già aderito in passato all'idea sostenuta da parte della dottrina (vedi i riferimenti nel nostro *Il matrimonio nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p. 369 e ss.) che la norma contenuta nell'*art.* 65 si ponesse in rapporto di complementarietà con quella prevista dall'*art.* 64, sottolineando proprio come, nell'impossibilità di individuare un ordinamento competente, la situazione giuridica acquisita all'estero per via di un atto straniero andasse riconosciuta *ex art.* 64.
- 27 Sul limite dell'ordine pubblico la letteratura interna ed internazionale è sterminata. Si richiamano qui alcuni dei principali contributi dottrinali dedicati al tema: Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959; G. Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, Giuffrè, 1963; P. Barile, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, Cedam, 1969; U. Palaia, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, Cedam, 1974; P. Benvenuti, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè, 1977; Mosconi, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil des Cours*, 1989-V, p. 9 ss.; Lagarde, *Public Policy*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III *Private International Law*, Chapter 11, Tübingen, 1991; Bucher, *L'ordre public et le but social des lois en droit International privé*, in *Recueil des Cours*, 1993-II; Boschiero, *Art. 16 (Ordine pubblico)*, in *Legge 31 maggio 1995. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Bariatti (a cura di), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1046 ss.;



La circostanza che il limite dell'ordine pubblico, variabile nel tempo, sia desunto anche da fonti internazionali ed europee, in special modo da quelle relative alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana — incluso, tra gli altri, il principio dell'interesse superiore del minore — non comporta, prosegue la Corte, una sorta di assimilazione assoluta tra i c.d. valori condivisi all'interno della Comunità internazionale ed i principi giuridici fondamentali del nostro ordinamento. In altri termini, secondo la Corte, l'ordinamento italiano "conserverebbe" una sua autonomia nel determinare «principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e irrinunciabili» e tali valori andrebbero individuati, nel caso di specie, nella tutela della dignità umana della gestante — tutelata a livello costituzionale — e nella protezione dell'istituto giuridico dell'adozione, con cui la surrogazione di maternità entra in evidente conflitto.

Per quanto attiene alla considerazione del principio dell'interesse superiore del minore, la Corte si limita a segnalare che esso è stato realizzato dal legislatore italiano "a monte", vale a dire nelle soluzioni legislative che prevedono l'attribuzione della maternità a colei che partorisce ed il ricorso all'adozione, con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale e non, dunque, su base volontaria, nelle ipotesi in cui si voglia realizzare una genitorialità disgiunta dal legame genetico.

Se la soluzione finale appare condivisibile, alcuni passaggi dell'*iter* argomentativo seguito non convincono del tutto.

Il primo aspetto che poco convince è il riferimento alla sanzione penale prevista nell'art. 12, sesto comma, della legge 40/2004, come elemento indicativo (*rectius*, quasi esclusivo) della presenza di un principio di ordine pubblico<sup>28</sup>. Se dovessimo riconnettere un principio di ordine pubblico ad ogni previsione di sanzione penale, il concetto di ordine pubblico svestirebbe gli abiti di un limite estremo e ristretto che garantisce la coerenza dell'ordinamento giuridico italiano quando vengono in rilievo norme di conflitto o provvedimenti stranieri, per assurgere, prendendo a prestito l'espressione usata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Paradiso e Campanelli*, «à une carte blanche justifiant toute mesure»<sup>29</sup>.

Il secondo passaggio attiene alla ricostruzione del contenuto normativo del limite dell'ordine pubblico internazionale che la Corte decide di limitare a valori considerati irrinunciabili per il solo ordinamento italiano, mentre, in maniera più coraggiosa, avrebbe potuto ritrovarne contenuto e fondamento anche in alcune norme internazionali, come quelle che tutelano la dignità umana della gestante e del minore.

Va, infatti, ricordato che il rischio maggiore cui va incontro la gestante è quello di venire "obbligata" ad eseguire il contratto di surrogazione di maternità, senza una chiara consapevolezza dei rischi per la sua salute e delle conseguenze legate al parto, sia da un punto di vista giuridico, sia da un punto di vista sociale. Infatti, le agenzie o le cliniche mediche che offrono assistenza ai genitori intenzionali al fine di reperire "madri di grembo" si rivolgono quasi esclusivamente ai ceti più poveri e vulnerabili (ed anche meno scolarizzati) delle popolazioni locali, che, spinti da necessità esclusivamente economiche, decidono di accettare più facilmente la gravidanza. La conseguenza principale è che, dopo il parto, le madri di grembo vengono ulteriormente emarginate, in alcuni casi abbandonate dai rispettivi mariti, in ragione della disapprovazione sociale che accompagna questa tecnica. La maternità surrogata rischia di ridurre la donna ad un "oggetto", strumentalizzando e sfruttando finanziariamente la sua capacità di procreare, soprattutto nel caso in cui la gestante venga obbligata a rimettere il neonato alla coppia intenzionale<sup>30</sup>.

La Corte si sofferma, a dire il vero, su questo aspetto ritrovandone però il fondamento nella sola Costituzione italiana e non anche nelle norme internazionali che tutelano i diritti fondamentali della persona umana e, in modo peculiare, la condizione della donna<sup>31</sup>.

Analogamente la Corte avrebbe potuto annoverare all'interno di quei "valori considerati irrinunciabili", non solo dall'ordinamento italiano, ma ancora una volta anche dall'ordinamento internazionale, la dignità umana del neonato: il semplice rischio che l'accesso incontrollato e abusivo alla maternità

Id., *Ordine pubblico "internazionale" e norme di applicazione necessaria*, in Preite (dir.), *Trattato notarile cit.*, pp. 137-168; P. Lotti, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005. Per ulteriori riferimenti bibliografici vedi O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2012.

28 Va ricordato che la sanzione penale si riferisce a chi organizza o realizza la maternità surrogata e che i giudici italiani investiti della questione hanno escluso la possibilità di imputare tale reato ai genitori intenzionali. Vedi *supra* nota 8.

29 Cfr. il par. 80 della sentenza.

30 Vedi Smith Rotabi, *Force, Fraud and Coercion: Bridging from Knowledge of Intercountry Adoption to Surrogacy*, ISS Working Paper Series, Volume n. 600, 2014, pp. 1-30.

31 Tra tutte e in primo luogo la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979.

surrogata possa palesare una “mercificazione” della vita umana o una selezione biogenetica, andava assolutamente sottolineato<sup>32</sup>.

Così facendo, la Corte anziché invocare l'esistenza di principi giuridici “italiani” di ordine pubblico che opererebbero in chiave esclusivamente negativa, per garantire coerenza al nostro sistema giuridico, avrebbe potuto attingere ad un concetto *pienamente internazionale* del limite dell'ordine pubblico, ricostruendo, in positivo, l'esistenza di valori universali condivisi dalla Comunità internazionale<sup>33</sup>, quali la tutela della dignità umana della gestante e del minore.

## 6. La considerazione dell'interesse superiore del minore... alla luce della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*

Del tutto sfuggente è, invece, la considerazione riservata al principio dell'interesse superiore del minore, su cui la Corte, di fatto, evita di prendere posizione.

Si tratta dell'ultimo profilo di illegittimità sollevato dai ricorrenti: il mancato mantenimento della situazione di fatto, venutasi a creare per via del collocamento temporaneo del neonato per alcuni mesi presso di loro, configurerebbe una violazione di tale principio.

Su questo aspetto occorre preliminarmente intendersi sul significato in concreto assunto dal principio nei casi relativi alla tutela della vita familiare. In particolare, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo esso è stato declinato sia nel senso di consentire il ripristino della situazione *quo ante*, sia nel senso di mantenere la situazione *ex post*. Tutto dipende dalla valutazione della situazione complessiva in cui si trova il minore nel momento in cui si adotta il provvedimento che lo riguarda e dal rischio di essere esposto ad un pericolo grave o ad una situazione intollerabile<sup>34</sup>.

Provando a ragionare sul caso risolto dalla Corte di Cassazione non ci pare che esso andasse declinato nel senso del mantenimento del minore presso la coppia intenzionale, appurato che tale coppia per tre volte era stata ritenuta inidonea ad adottare un neonato, sia per ragioni legate all'età, sia per la difficoltà ad “elaborare una sana genitorialità adottiva”. Se la Suprema Corte avesse consentito in questo caso di aggirare i limiti previsti dalla disciplina dell'adozione (non solo italiana, ma anche internazionale), limiti che tendono a garantire la tutela del minore coinvolto attraverso il superamento di precisi controlli e nelle forme del provvedimento giurisdizionale, avrebbe violato proprio quel superiore interesse che si vorrebbe garantire, oltre a realizzare una disparità di trattamento con le coppie che in Italia attendono, nel rispetto della legge, di adottare un neonato.

Piuttosto che trincerarsi dietro l'impossibilità di esercitare alcuna discrezionalità sulle scelte del legislatore, la Corte avrebbe potuto usare il principio, per sua natura versatile, e supportare ulteriormente la propria scelta nel caso concreto, evidentemente ispirata alla tutela del minore.

32 Preme ricordare che sia la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 sia il *Protocollo opzionale* relativo alla *vendita, sfruttamento sessuale e pornografia riguardante i bambini* del 2000 (ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 11 marzo 2002 n. 46) vietano la vendita di minori. L'art. 2 del Protocollo, in particolare, chiarisce che per “vendita” si intende “qualsiasi atto o transazione che comporta il trasferimento di un bambino (...) dietro compenso o qualsiasi altro vantaggio”. Inoltre, l'art. 35 del Protocollo chiede agli Stati parte l'adozione di misure volte ad evitare lo sfruttamento dei minori a qualunque scopo. Nello stesso senso Ergas, *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity and The Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 2013, p. 117 ss., e soprattutto Tobin, *To Prohibit or Permit* cit., p. 335 ss. Cfr. CRC/C/IND/CO/3-4, July 7 2014, par. 57. Vedi su questo aspetto le preoccupazioni espresse dal Comitato per i diritti del fanciullo nei confronti dell'India (CRC/C/IND/Q/3-4, 23 novembre 2013), uno dei Paesi in cui il ricorso alla maternità surrogata sta aumentando in maniera esponenziale e le indicazioni in merito alla necessità di introdurre controlli sulla pratica della maternità surrogata, in modo da scongiurare il rischio di vendita dei minori e, più in generale, di negazione e lesione dei diritti sanciti nella Convenzione sui diritti del minore (CRC/C/IND/Q/3-4, 13 giugno 2014).

33 Vedi ancora Boschiero, *Ordine pubblico “internazionale” e norme di applicazione necessaria* cit., p. 141 ss.

34 Nella sentenza *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* del 6 luglio 2010, relativa ad un caso di sottrazione internazionale di minore, la Corte ha precisato che l'interesse superiore del minore va valutato *in concreto*, tenuto conto della situazione complessiva in cui versa il minore. Si tratta di una sentenza fondamentale attorno alla quale è stato costruito il valore pregnante che attualmente il principio dell'interesse superiore del minore ricopre nei casi relativi alla tutela della vita privata e familiare. Sull'importanza del principio avevamo già posto la nostra attenzione, seppur con specifico riferimento ai casi di sottrazione internazionale di minori, nel nostro *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padova, 2012, cui ci sia consentito rinviare. Sull'importanza che il principio ha assunto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa all'interpretazione del Regolamento *Bruxelles II-bis* vedi, invece, Lopes Pegna, *L'interesse superiore del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 357 ss.

Nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* la situazione di partenza è diversa, perché la coppia intenzionale non solo credeva, in buona fede, di avere un legame genetico con il bambino, ma aveva superato i test richiesti dalla legislazione italiana per l'adozione di un neonato, attendendo invano l'avvio della relativa procedura. Inoltre, ed è questo, a nostro avviso, l'aspetto su cui la decisione si sofferma maggiormente, il minore era rimasto privo di un'identità personale per oltre due anni.

Sottolineando l'obbligo di tenere nella dovuta considerazione l'interesse superiore del minore, la Corte europea ha inteso, da una parte, ribadire che l'invocazione del limite dell'ordine pubblico non può avvenire "a cuor leggero", soprattutto se rischia di pregiudicare l'interesse del minore<sup>35</sup>, dall'altra, indicare ancora una volta un percorso che i giudici nazionali devono seguire prima di adottare una decisione che riguarda un minore. In breve, la Corte rimprovera alle autorità italiane il fatto di aver disposto l'allontanamento del neonato dai genitori intenzionali, senza vagliare altre alternative, per poi lasciare, di fatto, il minore privo di un'identità personale per molto tempo<sup>36</sup>.

A ben vedere, dunque, la Corte europea non ha inteso pronunciarsi sulla legittimità della legislazione italiana sulla filiazione o sul divieto di maternità surrogata, né rimettere in discussione la valenza dell'istituto dell'adozione. Il margine di apprezzamento riconosciuto in altre sentenze<sup>37</sup> è stato però ristretto, richiedendo una valutazione più puntuale dell'interesse superiore del singolo minore coinvolto.

Entrambe le sentenze, ricorrendo in maniera larvata o espressa al principio dell'interesse superiore del minore, perseguono, dunque, la realizzazione di un giusto temperamento tra l'interesse pubblico al rispetto delle leggi vigenti e la tutela del minore.

- 
- 35 Viene confermato l'orientamento giurisprudenziale, inaugurato con la sentenza *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (28.6.2007) e sviluppato con la sentenza *Negrepontis-Giannisis c. Grecia* (3 maggio 2011), con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo applica l'art. 8 della CEDU come un "controlimite" all'ordine pubblico. I casi, come noto, si riferivano alla negazione di effetti, per contrarietà all'ordine pubblico, di provvedimenti stranieri di adozione da parte di una *single* e di un monaco ortodosso. In entrambi è stata sancita la prevalenza dell'interesse superiore del minore ad avere riconosciuta una vita familiare. Sulle sentenze vedi, tra gli altri, i commenti di Marchadier, *La protection européenne des situations constituées à l'étranger*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2700 ss.; Pirrone, *Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 151 ss.; Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR To the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011., p. 609 ss. Vedi, inoltre, i contributi contenuti nel volume a cura di P. Pirrone, *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011.
- 36 Questa situazione di incertezza e il mancato riconoscimento di uno *status* certo al bambino, ad opinione della Corte, rappresentano rischi da scongiurare in ogni modo. Ai sensi della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 il diritto all'identità personale del minore è considerato un diritto umano fondamentale dal cui godimento deriva per il minore il diritto ad essere registrato dopo la nascita, il diritto ad acquisire una nazionalità, il diritto di conoscere le proprie origini e il diritto al nome. La disciplina, contenuta negli artt. 7 e 8, si prefigge come obiettivo principale quello di evitare le situazioni di apolidia. Il Comitato sui diritti del minore ha rivolto, sia nei commenti generali, sia nelle osservazioni sui rapporti periodici dei singoli Stati parte alla Convenzione, numerosi moniti agli Stati, invitandoli a registrare prontamente la nascita di un neonato, ad attribuire loro una nazionalità, a consentire di ricostruire le rispettive origini. Si tratta di *standard* di tutela del minore, ampiamente riconosciuti dal diritto internazionale e dalla giurisprudenza internazionale, che diventano parametri imprescindibili di valutazione da parte dei giudici nazionali nella definizione dei casi di maternità surrogata. Vedi, in questo senso, le considerazioni di Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio DUDI*, 2015, pp. 202-209. Sull'argomento, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, ci sia consentito rinviare al nostro *La tutela dell'identità personale del fanciullo*, in *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, Basini, Bonilini, Confortini (a cura di), cit., p. 6693 ss., mentre sulla ricostruzione del diritto all'identità personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vedi, per tutti, A. Viviani, *L'identità personale nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.
- 37 Si tratta delle sentenze su casi di maternità surrogata *tradizionale* in cui la Corte ha riconosciuto una violazione della vita privata di alcuni ricorrenti (i figli della coppia d'intenzione) ex art. 8 della CEDU: casi *Mennesson et autres c. France*, 26 giugno 2014; *Labassee c. France*, 26 giugno 2014. Per un commento vedi Achmad, *Children's Rights to the Fore in The European Court of Human Rights' First International Commercial Surrogacy Judgments*, in *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 638 ss. Anche nella sentenza *D. et autres c. la Belgique* (8 luglio 2014), la Corte aveva avuto modo di chiarire che uno Stato non è obbligato ad autorizzare l'ingresso nel proprio territorio di bambini nati da surrogazione di maternità, senza aver prima compiuto i dovuti accertamenti.

## 7. Considerazioni finali su un possibile inquadramento giuridico della maternità surrogata transnazionale

Provando a trarre alcune considerazioni finali, l'evidenza di numeri sempre più elevati di richieste di attribuzione o riconoscimento di *status* personali in casi di maternità surrogata transnazionale dovrebbe, dunque, far riflettere il nostro legislatore sulla necessità di introdurre un inquadramento giuridico del fenomeno, rispettoso della dignità umana della gestante e del minore e basato sulla realizzazione del suo superiore interesse. In effetti, e qui secondo noi si rientra pienamente nel concetto di "interesse superiore del minore", l'aspetto che desta maggiore preoccupazione e che rende difficile la "ricostruzione del puzzle" è proprio l'incertezza giuridica che riveste la situazione in cui si trova il neonato. Se poi consideriamo che dall'accertamento dello *status filiationis* deriva molto spesso l'attribuzione della nazionalità e, di conseguenza, il godimento di ulteriori tutele e diritti<sup>38</sup>, ecco allora che l'aspetto più delicato del fenomeno resta l'attribuzione di uno *status* legale certo al bambino in tempi rapidi.

Alcune indicazioni sembrano derivare dalla stessa sentenza della Corte di Cassazione che, in presenza di una maternità surrogata *tradizionale* di tipo *altruistico*, sembra ipotizzare altri margini per ammetterne il riconoscimento in Italia. Questa indicazione traspare da alcuni passaggi della sentenza, in cui la Corte ipotizza la possibilità di trattare diversamente tali casi, ora richiamando, chiaramente solo in forma anonima, alcune posizioni dottrinali<sup>39</sup>, ora segnalando alcune decisioni, le note sentenze gemelle della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Labassee* e *Mennesson c. Francia*, o la decisione della Corte d'appello di Bari che ha riconosciuto effetti giuridici nel nostro Paese ad un provvedimento giurisdizionale inglese attributivo della responsabilità genitoriale a favore dei genitori intenzionali.

Quest'ultima decisione è basata principalmente sul fatto che la legislazione inglese impone il rispetto di condizioni molto rigorose e l'intervento a più riprese delle autorità pubbliche. Si richiede, infatti, che la madre intenzionale sia nell'impossibilità, accertata da esami medici, di portare avanti una gravidanza; che la coppia contribuisca a trasmettere una parte del proprio patrimonio genetico al nascituro; che nessun compenso sia corrisposto alla gestante, se non il rimborso delle spese mediche sostenute per portare a termine la gravidanza; ed, infine, che la gestante abbia rinunciato, in modo espresso e davanti al giudice, a tenere il neonato con sé. Neonato che viene affidato alla coppia d'intenzione con un provvedimento giurisdizionale.

Vengono così rispettati i principi di ordine pubblico a tutela della dignità umana della gestante — che manifesta un consenso libero ed informato, senza ricevere alcun compenso per la gravidanza che ha deciso di portare a termine — e del minore, cui viene riconosciuto un legame giuridico con il genitore biologico e con l'altro genitore intenzionale, favorendo la tutela del suo superiore interesse.

Nello stesso senso si muovono le proposte della dottrina<sup>40</sup> che prospettano una disciplina internazionale che realizzi sia un controllo pubblico delle pratiche di surrogazione di maternità, sia una cooperazione internazionale basata sullo scambio di informazioni tra i Paesi coinvolti. Del fenomeno, infatti, si ha contezza solo *ex post*, a fatto avvenuto, per la presenza di un neonato della cui identità si chiede il riconoscimento. Proprio al fine di evitare la "clandestinità", che spesso accompagna la scelta degli adulti di ricorrere alla surrogazione di maternità e che aumenta il rischio di abusi a danno della gestante e dello stesso minore, occorrerebbe attribuire un unico *status* al minore attraverso un provvedimento giurisdizionale e non tramite l'emanazione di un certificato di nascita.

Seppur consentendo l'adozione ad una coppia diversa da quella intenzionale, la sentenza della Corte di Cassazione ha seguito questo percorso: la tutela del superiore interesse del minore, realizzata attraverso le garanzie del procedimento giurisdizionale, a non essere un "mero oggetto" nelle scelte di genitorialità degli adulti.

38 Vedi, su questo profilo, il rapporto curato dall'European Network on Statelessness, *Childhood Statelessness in Europe, Issues, Gaps and Good Practices*, in cui si evidenziano i rischi legati al godimento dei diritti umani per i minori apolidi. Cfr. anche Kindregan, White, *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, p. 527 ss.

39 Per una chiara ricostruzione delle posizioni della dottrina civilistica italiana sull'argomento vedi Salone, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Rivista di biodiritto*, 2014, p. 157 ss.

40 Vedi *supra* nota 4.



Anna Lorenzetti\*

## Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi

### Sommario

1. Introduzione al tema – 2. La lettera della legge e i confini interpretativi del “trattamento medico-chirurgico” e della sua “necessità” – 3. L’altalenante andamento della giurisprudenza – 3.1. I confini dei caratteri sessuali: alla ricerca di una nozione di mascolinità e femminilità – 3.2. Quale “necessità” della chirurgia? – 3.3. Le recenti evoluzioni: la chiusura della giurisprudenza e la preminenza del dualismo maschile/femminile – 3.4. Le recenti evoluzioni (*segue*): la centralità della persona e delle scelte sul proprio corpo – 4. La parola alla Corte – 4.1. L’ordinanza di rimessione – 4.2. I possibili esiti – 4.3. Forma vs. sostanza della questione.

### Abstract

Il lavoro analizza il quadro normativo italiano e le pratiche in uso per consentire la modifica del sesso anatomico e anagrafico. Sebbene la legge non richieda espressamente il completo adeguamento del corpo al sesso di destinazione, la prevalente interpretazione giudiziaria è andata in questo senso, spesso imponendo l'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari e la sterilizzazione, anche in assenza di volontà da parte della persona interessata. Alla luce della violazione dei diritti individuali che l'obbligatorietà dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari determina, un giudice di merito si è rivolto alla Corte costituzionale, di fronte a cui la questione è ora pendente.

*The paper analyses Italian law and practices on recognition of sex reassignment. While the law does not expressly require the complete body change, that has been the prevailing judicial interpretation. Moreover, judges often require the complete change of primary and secondary sex characters and the sterilisation before granting an official name and sex change, even in the case to be against the will of the transgender person. Because the compulsory nature of surgery on primary sex characters can represent a violation of fundamental rights, a court has submitted such a case to the Constitutional Court, where is now pending.*

\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bergamo. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

## 1. Introduzione al tema

Il presente lavoro intende offrire un contributo alla riflessione circa i requisiti necessari per concludere il percorso di modifica del sesso anagrafico, in particolare quanto alla necessità o meno dell'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali, questione di estrema attualità alla luce della fiorente e contraddittoria giurisprudenza e di un giudizio di costituzionalità pendente.

Come noto, la persona che intende modificare il proprio sesso anatomico e anagrafico deve seguire un percorso — possibile da maschile a femminile, nel qual caso si parla di *MtF* (*male to female*), così come da femminile a maschile (detto *FtM*, *female to male*) — in parte delineato dalle legge di riferimento<sup>1</sup> e in parte costituitosi negli anni attraverso prassi e protocolli medici (internazionali e nazionali). Ad esempio, per prassi è prevista una serie di passaggi intermedi — colloqui con operatori, somministrazione di terapie ormonali, *real life test*<sup>2</sup>, verifiche intermedie circa l'andamento del percorso stesso — mentre la legge richiama due fasi giudiziarie, funzionali la prima ad ottenere l'autorizzazione da parte del giudice all'intervento chirurgico «quando necessario»<sup>3</sup>, la seconda (successiva) ai fini della conclusione del percorso stesso e della modifica del sesso anagrafico sui documenti di identità<sup>4</sup>.

## 2. La lettera della legge e i confini interpretativi del “trattamento medico-chirurgico” e della sua “necessità”

Il tasso problematico che rivestono i requisiti richiesti per concludere il percorso di modifica del sesso anagrafico e, in specie, la questione della necessità o meno dell'intervento chirurgico, prendono forma dall'ambiguità della disposizione normativa di riferimento.

Nella originaria formulazione del testo era indicata l'autorizzazione del tribunale (con sentenza) «quando [e dunque solo se] risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico»<sup>5</sup>; successivamente si leggeva che il giudice, «accertata la effettuazione del trattamento autorizzato», dispone la rettifica anagrafica<sup>6</sup>.

Nulla era dunque precisato quanto ai confini che al requisito della “necessità” dovevano (e potevano) essere attribuiti, né quanto ai parametri da assumere per valutarli. Tanto meno risultava chiaro il contenuto dell'accertamento giudiziario che doveva (o poteva) essere condotto circa il trattamento medico-chirurgico richiamato dalla legge.

La modifica legislativa intervenuta nel 2011 — peraltro inserita nell'ambito di un atto normativo finalizzato alla semplificazione dei riti processuali, con l'obiettivo di una loro semplificazione<sup>7</sup> — non ha comunque contribuito a sciogliere simili ambiguità, riproducendo sostanzialmente il medesimo testo.

Nell'attuale formulazione, si legge che «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato»<sup>8</sup>, senza che sia stata chiarita l'ambiguità della precedente formulazione, quanto ai

1 L. 14 aprile 1982, n. 164, Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, così come modificata, dal D. lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

2 Il “test della vita reale” è una fase centrale nel percorso di transizione, di norma contenuto fra gli otto e i dodici mesi (anche se talvolta si prolunga per molti anni), in cui alla persona transessuale è chiesto di vivere e sperimentarsi in accordo al sesso di “elezione”, ossia verso cui sta “transitando”.

3 V. art. 3, L. n. 164/1982 che, nella sua originaria formulazione, recitava «Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio».

4 Art. 1, co. 1, della L. n. 164/1982 (nella originaria formulazione), in virtù del quale, «la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

5 Art. 3, L. n. 164/1982, abrogato dalla lett. c), co. 39, art. 34, D.Lgs. n. 150/2011. Per il testo, v. nota 3 del presente contributo.

6 Art. 3, L. n. 164/1982, abrogato dalla lett. c), co. 39, art. 34, D.Lgs. n. 150/2011.

7 Il D.Lgs. n. 150/2011 è entrato in vigore dal 6 ottobre 2011, nel quadro di una semplificazione dei riti civili.

8 Art. 31, co. 4, D.Lgs. n. 150/2011, su cui v. B. Pezzini, *Del sesso, del genere e del “mestiere di vivere”: cosa c'è di nuovo nella questione dello scioglimento automatico del matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso (a proposito delle modifiche alla legge sul transessualismo attraverso la semplificazione dei riti processuali)*, in *Studi in onore di Claudio*

confini che al requisito della “necessità” dovevano (e potevano) essere attribuiti, quanto ai parametri da assumere per valutarli e, infine, quanto ai contenuti dell’accertamento giudiziario circa l’effettuato trattamento autorizzato, in particolare, circa il tipo di trattamento medico-chirurgico.

Quanto al primo profilo, ad esempio, l’attuale formulazione non ha chiarito rispetto a chi o rispetto a cosa debba (o possa) essere valutata la richiamata “necessità” dell’intervento.

A livello teorico, l’interrogativo è se la necessità debba essere valutata in riferimento alla persona e ai suoi bisogni individuali, così come percepiti e parametrati rispetto alle sue aspirazioni, o se invece possano entrare in bilanciamento altri principi e valori, ad esempio la certezza dell’ordinamento circa i rapporti giuridici e gli status, l’assegnazione definitiva di una persona ad uno dei due sessi e l’esistenza di due sessi, la tutela di terze persone che entrino in contatto con chi si sottopone alla rettifica anagrafica.

Residua poi l’interrogativo sul soggetto cui compete la valutazione della necessità di un intervento irreversibile e certamente invasivo per la persona. Non può sfuggire la tensione che simile approccio genera in quanto, da un lato, obbliga a tenere a mente il carattere assolutamente personale delle scelte che involgono l’individualità più intima; d’altro canto, va valutata la necessità del coinvolgimento di soggetti terzi — medici e giudici, in primo luogo, ma anche psicologi e operatori dei centri specializzati — imposta dalla legge proprio alla luce dell’incisione sullo status.

In una prospettiva più concreta, la lettera della legge non ha neppure chiarito quale sia il trattamento medico-chirurgico richiesto, aspetto che merita una considerazione alla luce della diversità di approcci chirurgici potenzialmente applicabili<sup>9</sup> e della possibilità che per “trattamento medico-chirurgico” si ritenga bastevole la sola somministrazione di ormoni. Neppure risultano chiari i confini dell’espressione “caratteri sessuali” che potrebbe intendersi in una molteplicità di sensi, includendo non solo i caratteri sessuali primari (quindi i genitali, certamente modificabili nella loro morfologia ma non completamente dal punto di vista funzionale e comunque con esiti incerti) ma anche quelli secondari<sup>10</sup>, modificabili anche con il solo trattamento ormonale.

Come si può facilmente comprendere, la questione non è di poco conto, posto che si tratta di interventi che, a seconda delle modalità di esecuzione e del loro contenuto, vengono ad avere impatto ed effetti profondamente diversi sulla persona.

### 3. L’altalenante andamento della giurisprudenza

A fronte dell’ambiguità normativa, la giurisprudenza si è spesso trovata a confrontarsi sui confini delle espressioni utilizzate dal legislatore. Non teme smentite di sorta l’affermazione per cui i giudici, anche in ragione della diversità dei casi concreti sottoposti alla loro attenzione, hanno dato vita ad un filone giurisprudenziale niente affatto unitario, ma di andamento discontinuo e a tratti contraddittorio.

#### 3.1 I confini dei caratteri sessuali: alla ricerca di una nozione di mascolinità e femminilità

Rispetto all’interpretazione della locuzione di quei “caratteri sessuali” che devono (o possono) essere oggetto dell’intervento e del richiesto “trattamento medico-chirurgico”, nonché quanto alla necessità stessa dell’intervento chirurgico, l’andamento è stato senza dubbio altalenante.

Circa i confini dei “caratteri sessuali” oggetto dell’intervento, pur nell’incapacità di entrare nel merito su questioni medico-chirurgiche, i giudici sono sembrati alla ricerca di parametri certi e incontrovertibili sulla cui base valutare lo *spread* fra il caso concreto e un’astratta visione di mascolinità e femminilità.

L’intervento chirurgico è stato dunque inteso come volto a garantire una sorta di “contenuto minimo essenziale” di quegli elementi che connotano (o connoterebbero) una donna e un uomo in quanto

Rossano, Napoli, Jovene, 2013, pp. 647 ss.; M. Pilloni, *Commento sub art. 31 d. lg. n. 150/2011*, in *Comm. c.p.c. Consolo - La “semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2011-2012”*, Milano, Ipsoa, 2012, 396 ss.; C. Delle Donne, *Commento all’art. 31, d. lg. n. 150/2011*, in B. Sassani e R. Tiscini (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, Dike, 2011, 282; G. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso, e scioglimento del matrimonio ai sensi dell’art. 31, d. lgs. n. 150/2011*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, pp. 12 ss.

9 In prima battuta, vanno segnalate le profonde differenze fra gli interventi chirurgici possibili per chi transita dal sesso maschile a quello femminile (MtF, *male to female*) o per chi compie il percorso inverso (FtM, *female to male*). Peraltro, comunque molteplici sono gli approcci chirurgici sperimentati che, come peraltro accade per qualsiasi trattamento sanitario, non possono che avere un carattere individuale, alla luce dell’irriducibile varietà dell’essere umano.

10 Ad esempio, il seno, il pomo d’Adamo, la distribuzione pilifera, la voce, la distribuzione della massa muscolare.

tali<sup>11</sup>. Così, si è chiesto che dopo l'operazione risultassero "con sicurezza" le caratteristiche fisiche e psichiche del diverso sesso<sup>12</sup> e l'acquisizione dei caratteri sessuali primari del sesso da attribuire<sup>13</sup>, sia pure senza pretendere la funzionalità dei nuovi organi<sup>14</sup> e comunque tenendo conto dei limiti in cui la conversione è tecnicamente possibile<sup>15</sup>.

Realisticamente, sono state ritenute bastevoli modifiche dei caratteri sessuali esterni<sup>16</sup> o la perdita dei caratteri anatomici principali del sesso originario, con l'acquisizione di una «sufficiente specificazione anatomica dell'altro sesso»<sup>17</sup>, anche considerando che l'apparato genitale esterno non risulta, quanto meno giuridicamente, l'unico elemento da considerare per l'identità sessuale<sup>18</sup>.

È invece stata espressamente esclusa la necessità di acquisire la capacità procreativa del sesso di destinazione<sup>19</sup>, mentre a supporto della positiva conclusione del percorso e della rettifica del sesso è stata spesso richiamata la perdita o la riduzione della capacità di generare del sesso di origine a seguito delle terapie ormonali<sup>20</sup>.

Recentemente, l'intervento meno invasivo fra quelli astrattamente possibili è stato preferito sulla base della soggettiva inclinazione della persona e della tutela della sua salute<sup>21</sup>.

In questo quadro generale, si collocano in posizione dissonante alcune pronunce che hanno anteposto questioni generali e astratte all'interesse concreto della persona coinvolta. La sua salute e il suo benessere sono così risultati in una posizione servente rispetto all'interesse della collettività alla certezza nell'assegnazione a un sesso<sup>22</sup>.

Quasi "punitiva" sembra la decisione che, una volta conclusa la rettificazione, ha negato la legittimità di una inversione "a ritroso", cioè verso il sesso di origine<sup>23</sup>, sulla base delle scarse possibilità di successo che ogni ulteriore intervento avrebbe avuto, posta la consapevolezza raggiunta dalla persona per cui la propria ambiguità non risiede tanto nell'apparato sessuale quanto, e soprattutto, nel vissuto esistenziale e psicologico.

11 V. Tribunale di Pavia, sentenza del 26 febbraio 2006, *Foro italiano*, 2006, 5, I, p. 1596.

12 Tribunale di Cagliari, sentenza del 25 ottobre 1982, *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 2, p. 590.

13 Tribunale di Sanremo, sentenza del 7 ottobre 1991, *Diritti della famiglia e delle persone*, 1992, p. 242.

14 Tribunale di Monza, sentenza del 25 ottobre 1983, *Foro italiano*, 1984, I, 582; Tribunale di Milano, sentenza del 2 novembre 1982, *Foro italiano*, 1984, I, p. 582; Tribunale di Catanzaro, sentenza del 19 ottobre 2005, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

15 Tribunale di Messina, sentenza del 5 dicembre 1985, in *Giustizia civile*, 1986, I, 2571, con nota di Panuccio Dattola; nello stesso senso Tribunale di Monza, sentenza del 29 settembre 2005-8 novembre 2005 e Tribunale di Taranto, sentenza del 26 giugno 2013, entrambe in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

16 Tribunale di Milano, sentenza del 2 novembre 1982, *Foro italiano*, 1984, I, p. 582.

17 Tribunale di Roma, sentenza del 3 dicembre 1982, *cit.*

18 Tribunale di Roma, prima sezione, sentenza del 11 febbraio 2014 n. 1987, secondo cui «La configurazione genitale esterna non risulta dal punto di vista giuridico, l'unico elemento caratterizzante l'identità sessuale, ma, alla luce della Legge 164/'82, tra i diversi caratteri qualificanti l'attribuzione del sesso (cromosomici, gonadici, ormonali, genitali, anatomici secondari) un ruolo di rilevanza assume la personalità psichica del soggetto. La componente psicologica assume un rilievo preminente, che consente al soggetto che abbia subito modificazioni dei caratteri sessuali di ottenere la rettificazione della propria identità presso il registro dello stato civile».

19 Tribunale di Trieste, sentenza del 21 dicembre 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 2, p. 666.

20 Tribunale di Pavia, sentenza del 26 febbraio 2006, in *Foro italiano*, 2006, 5, I, p. 1596. Più recentemente, v. Tribunale di Roma, sentenza del 11 marzo 2011, n. 5896, in *Guida al diritto*, 7-8, 2011, 15 ss.; Tribunale di Milano, sentenza del 26 marzo 2011 e Tribunale di Taranto, sentenza del 26 giugno 2013, entrambe in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); quest'ultima pronuncia ha affermato che «Ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, in particolare dell'attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso maschile a persona originariamente di sesso femminile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione degli organi necessari per la riproduzione, mentre non è necessaria totale coincidenza dei caratteri sessuali con quelli dell'altro genere biologico, che sarebbe peraltro irrealizzabile».

21 Tribunale di Milano, sentenza del 26 maggio 2011, *cit.* «Ai fini della rettificazione anagrafica del sesso è sufficiente che la persona sia autorizzata a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione di entrambi i testicoli (orchietomia), mentre non è necessaria anche l'asportazione del pene, atteso che, considerata l'astratta idoneità di entrambi gli interventi, deve essere rispettato l'intendimento del ricorrente di percorrere la scelta chirurgica meno invasiva»; v. anche Tribunale di Pavia, sentenza del 2 febbraio 2006, in *Foro italiano*, 2006, I, p. 1596.

22 Tribunale di Spezia, sentenza del 25 luglio 1987, in *Archivio civile*, 1987, pp. 1233 ss. che fa espresso riferimento alla innaturalità dell'intervento, richiamando «a fronte di tanto scempio della natura».

23 Tribunale di Velletri, sentenza del 2 novembre 2005, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2006, 3, p. 1183.



Piuttosto, è da ritenersi che un'operazione di bilanciamento correttamente impostata dovrebbe sempre e comunque far ritenere preminente l'obiettivo del benessere psico-fisico della persona, laddove non siano ravvisabili diritti o interessi contrastanti.

È interessante sottolineare che, nelle motivazioni, viene spesso evocato l'argomento dell'idoneità (o meglio dell'inidoneità) alla procreazione che sembrerebbe poter avere un impatto decisivo sull'esito delle vicende<sup>24</sup>. In proposito, la cautela che sembra necessario suggerire è riconducibile al rischio di comprimere il diritto costituzionalmente tutelato alla salute in nome del timore che si verifichi una ipotesi certamente eccezionale, ossia che nella persona che si sottopone al trattamento ormonale e all'intervento chirurgico permanga la capacità riproduttiva del sesso biologico di origine<sup>25</sup> e il desiderio di dare ad essa concretezza<sup>26</sup>.

### 3.2 Quale “necessità” della chirurgia?

Circa la necessità dell'intervento chirurgico, la giurisprudenza si è scissa fra un orientamento maggioritario (risalente ma confermato da alcune recenti decisioni) che ritiene l'intervento chirurgico (sui caratteri sessuali primari) requisito indispensabile per la conclusione del percorso<sup>27</sup> e un orientamento ancora minoritario secondo cui, in ragione del prevalere della salute psico-fisica della persona interessata, la terapia chirurgica si pone come intervento meramente eventuale, dunque “di elezione”, scelto dalla persona interessata che può anche preferire di non effettuarlo<sup>28</sup>.

Mentre la prima delle posizioni riconduce la necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari al dualismo di genere e all'impossibilità di rivendicare un *tertium genus*<sup>29</sup>, nonché a criteri come la certezza del diritto, la stabilità del sistema, l'ordinato svolgimento dei rapporti giuridici ed esigenze di tutela dei terzi che vengano in contatto con la persona transessuale<sup>30</sup>, la seconda opzione colloca al centro della vicenda la persona e le sue esigenze, senza renderla funzionale al rispetto di regole, peraltro spesso di natura convenzionale.

24 Sulla questione, v. G. Sciancalepore, P. Stanzione, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 76.

25 Si tratta di una ipotesi assai rara in quanto, anche dopo le sole terapie ormonali, la persona vede praticamente azzerata la propria capacità procreativa.

26 A seguito di un intervento di riassegnazione del sesso per una persona trans FtM (*Female to Male*, cioè nato femmina e transitato verso il sesso maschile), svoltosi negli USA senza la totale asportazione degli organi riproduttivi femminili, si è verificato il primo caso di un uomo (Thomas Beatie) che, a seguito di una gravidanza, ha dato alla luce un bambino; la vicenda ha acceso un intenso dibattito, v. l'articolo di Simona Marchetti pubblicato sul *Corriere della Sera*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 20 aprile 2012.

27 Ad es. v. Tribunale di Cagliari, sentenza del 25 ottobre 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 2, p. 590; Tribunale di Milano, sentenza del 2 novembre 1982, in *Foro italiano*, 1984, I, p. 582; Tribunale di Roma, sentenza del 3 dicembre 1982, in *Giustizia civile*, 1983, I, p. 996; Tribunale di Sanremo, sentenza del 7 ottobre 1991, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1992, p. 242; Corte d'Appello di Milano, sentenza del 29 gennaio 1971, in *Temi*, 1971, pp. 22 ss.; in dottrina ritiene preferibile il trattamento chirurgico, L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 11.

Più di recente, Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, *cit.*, su cui v. M.C. La Barbera, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento chirurgico*, in *Diritto di famiglia*, 1998, 3, p. 1033; Corte d'appello di Bologna, sentenza del 20 marzo 2013 e Tribunale di Salerno, sentenza del 1 giugno 2010, entrambe in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013.

28 «L'intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo costituisce non un momento necessario ai fini della attribuzione del nuovo sesso, bensì un momento eventuale (...) se tale desiderio non sussiste, anche perché matura nel transessuale la consapevolezza di non poter ottenere, alla stregua della scienza medica e chirurgica, una trasformazione anatomica coincidente con il sesso cui aspira, per ciò solo non può negarsi al soggetto il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso» (Tribunale di Benevento, sentenza del 10 gennaio 1986, *Diritto di famiglia e delle persone*, 1986, pp. 617 ss.); Tribunale di Varese, sentenza del 13 giugno 1994, inedita; Tribunale di Roma, sentenza del 22 marzo 2011, n. 5896, in *Famiglia e minori*, 7, 2011, con nota di A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 3, pp. 253 ss. e in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 184, con nota di Trimarchi, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di un intervento chirurgico*; Tribunale di Rovereto, sentenza del 3 maggio 2013, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), e in *Guida al diritto*, 7, 2011, p. 17 con nota F. Bilotta, *Decisione rispettosa delle garanzie fondamentali di dignità e autodeterminazione*.

29 Così Corte d'appello di Bologna, sentenza del 22 febbraio 2013, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013, che infatti afferma l'obbligatorietà dell'intervento.

30 Da ultimo, v. L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione*, *cit.*, p. 11; per il prevalere delle istanze individuali, v. A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, Roma, Edizioni Kappa, 1992, pp. 102 ss.

### 3.3 Le recenti evoluzioni: la chiusura della giurisprudenza e la preminenza del dualismo maschile/femminile

A differenza di quanto accadeva tempo fa, la modifica del corpo attraverso la chirurgia non rappresenta più il *solo* obiettivo di *tutte* le persone *transgender* che intraprendono un percorso di modifica dell'identità anagrafica e dunque del sesso anagrafico loro assegnato alla nascita.

Tuttavia, per prassi e seguendo una interpretazione letterale della legge 164, la riattribuzione chirurgica del sesso viene sistematicamente richiesta, determinandosi una interruzione del percorso nel caso in cui la persona non voglia ad essa sottoporsi.

Con il mutare delle aspettative e delle aspirazioni individuali, anche le richieste provenienti dalle persone interessate si stanno progressivamente modificando. Assai più frequenti del passato sono le richieste di concludere il percorso di modifica del sesso anagrafico senza sottoporsi all'intervento chirurgico, o comunque realizzando l'intervento chirurgico soltanto su alcune parti del corpo, aspetto che è stato affrontato da una recente giurisprudenza che merita di essere ripercorsa.

A partire dall'incertezza degli orientamenti giurisprudenziali già richiamati, le più recenti decisioni hanno visto una netta contrapposizione fra la giurisprudenza che ha ritenuto necessario l'intervento chirurgico per ultimare il percorso di modifica del sesso anagrafico, e quella opposta per cui, in nome del benessere della persona così come emergente dalla vicenda concreta, è stata ammessa la possibilità di ultimare il percorso in assenza del trattamento medico-chirurgico sui caratteri sessuali primari.

Seguendo la prima linea ermeneutica, la normativa è stata interpretata assumendo l'intervenuto adeguamento dei caratteri sessuali quale presupposto applicativo della rettifica dell'identità che risulta negli atti dello stato civile<sup>31</sup>. Nel motivare la propria decisione, il giudice ha affermato che l'identità sessuale è necessariamente collegata all'astratta capacità riproduttiva per cui soltanto con la modifica della struttura anatomica e l'eliminazione "quanto meno" degli organi riproduttivi (o con l'interruzione delle vie riproduttive) può ritenersi verificata la condizione richiesta per concludere il percorso, mentre non sufficiente sarebbe un intervento sui soli caratteri sessuali secondari<sup>32</sup>.

Paradossalmente, il giudice si riferisce però all'obiettivo della compiuta realizzazione della personalità del richiedente che, se fosse realmente assunto come criterio-guida della decisione, dovrebbe condurre ad assecondare la richiesta della persona di concludere il percorso di modifica anagrafica, anche senza intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari. Dubbi potrebbero sorgere infatti sulla compatibilità a Costituzione dell'imporre un intervento chirurgico non desiderato, invasivo e irreversibile. Tuttavia, a parere del giudice, decidendo in senso diverso, si giungerebbe «alla inaccettabile conclusione, [che sarebbe] contraria alla stessa lettera legis», per cui ai fini della modifica del sesso anagrafico sarebbe sufficiente il mero disturbo d'identità di genere. Al contrario, il giudice ritiene di poter leggere in maniera assoluta e assolutizzante il dettato normativo come univocamente volto ad imporre l'intervento chirurgico, astraendolo dalla vicenda concreta e dalle esigenze mostrate dalla persona coinvolta.

La lettura proposta dal Tribunale sembra non condivisibile sotto almeno due punti di vista. In primo luogo, non percepisce la possibilità che, in assenza di specifiche a riguardo, la lettera della legge sia comunque rispettata con l'adeguamento dei caratteri sessuali secondari e sottoponendosi ad un percorso di supporto ormonale, dato pacificamente ammesso in molti ordinamenti stranieri<sup>33</sup> e smentito da alcuni casi che l'hanno ammesso sulla base della prevalenza dell'interesse della persona interessata.

Peraltro, neppure la ricostruzione storica della disposizione — che si riferisce all'autorizzazione da concedersi solo *quando* (e dunque *se*) l'intervento medico chirurgico sia necessario — è scevra da critiche; a parere del giudice, infatti, la legge avrebbe sottointeso i variegati e molteplici aspetti della realtà sottostante comprendente anche persone con disfunzioni sessuali o anomalie di formazione degli organi riproduttivi presenti sin dalla nascita (quali ad esempio le persone intersessuali) per le quali non vi è alcuna necessità chirurgica. In tal modo, tuttavia, il giudice mostra di non conoscere le interpretazioni prevalenti che avevano ricondotto simile formulazione normativa ad altra considerazione. Infatti, nella legge 164 del 1982, l'intervento sul fattore strettamente anatomico-biologico era inserito come mera eventualità, in quanto molte persone si erano già sottoposte (all'estero) a trattamenti chirurgici

31 Tribunale di Roma, sentenza del 8 luglio 2014, n. 34525, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014. V. anche Tribunale di Potenza, sentenza del 20 febbraio 2015, n. 157, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015.

32 Nella specie, il riferimento è a un intervento additivo di costruzione del seno per l'acquisizione del carattere esterno femminile.

33 Così, ad es. l'ordinamento tedesco, che prevede la cd. "piccola soluzione" con la possibilità di cambiare sesso anagrafico senza modifiche anatomiche.

prima dell'approvazione della legge e dovevano perciò soltanto "regolarizzare" la propria appartenenza anagrafica<sup>34</sup>.

Una corretta ricostruzione storica della normativa avrebbe forse evitato al giudice di rivolgersi alla sua *ratio* originalista; per tale via, peraltro, il giudice ha rinunciato a proporre un'interpretazione evolutiva che, a oltre trent'anni di distanza dall'approvazione della normativa, sarebbe più necessaria che opportuna e che certamente potrebbe consentire di riferire il *quando* (e dunque il *se*) necessario anche secondo i paradigmi contemporanei che assumono la centralità della persona interessata e del suo benessere psico-fisico.

Non può infatti disconoscersi che l'evoluzione temporale ha portato le persone transessuali verso una diversa prospettiva nella rivendicazione dei propri diritti e verso un diverso assetto delle proprie aspettative di vita e di benessere. Pertanto, particolarmente incongrua appare la lettura agganciata al dettato letterale la cui formulazione, comunque, era stata sin da subito oggetto di critiche da parte dei commentatori<sup>35</sup>.

Nello stesso senso, si è recentemente orientata un'altra corte che ha ritenuto una «forzatura, in via interpretativa, di una norma di legge» ammettere la possibilità di concludere il percorso di modifica del sesso anagrafico senza intervento sui caratteri sessuali primari<sup>36</sup>.

In questa decisione, pure caratterizzata da una notevole empatia rispetto alla vicenda personale vissuta dalla protagonista<sup>37</sup>, i giudici hanno ritenuto ridotto il margine di manovra ermeneutico, affermando che una interpretazione letterale delle norme farebbe sì che «la locuzione "interventute modificazioni dei caratteri sessuali" [sia] chiaramente riferibile all'intervento, modificativo e ricostruttivo, degli organi genitali della persona che chiede la rettificazione anagrafica, e cioè dei suoi caratteri c.d. primari».

Due le ragioni addotte, la prima delle quali si riferisce al dato per cui se il legislatore del 1982 avesse voluto distinguere tra caratteri sessuali primari e secondari, l'avrebbe fatto espressamente. Questa posizione si presta però ad un ribaltamento interpretativo, posto che potrebbe anche affermarsi l'esatto opposto: se, cioè, il legislatore del 1982 avesse voluto richiedere la modifica dei caratteri sessuali primari come presupposto immancabile per la modifica del sesso anagrafico lo avrebbe probabilmente specificato, senza lasciare alcun margine di ambiguità.

In realtà, dovrebbe forse ammettersi che il legislatore dell'epoca non aveva probabilmente in mente le questioni problematiche di cui oggi si discute e non aveva quindi ritenuto di dover specificare simile aspetto.

Inoltre, il giudice ritiene che i caratteri secondari si traducano in aspetti distinti della persona, senza che sia pertanto possibile selezionarne alcuni a discapito di altri ai fini di ottenere l'autorizzazione alla modifica anagrafica.

Nella decisione si riporta inoltre, correttamente, la lettura originalista per cui l'eventualità dell'intervento chirurgico sarebbe da riferirsi a quanti si erano già sottoposti all'intervento all'estero. Il giudice, tuttavia, per questa ragione, ritiene che l'ipotesi di modifica anagrafica senza riattribuzione chirurgica non sia applicabile, in via analogica, al diverso caso di chi non voglia affatto subire una modifica corporea.

In definitiva, il giudice rigetta la domanda, ritenendo la necessità dell'intervento chirurgico ai fini della modifica anagrafica come «dettata da esigenze di salvaguardia dei rapporti sociali», e perciò «non manifestamente irragionevole».

In senso parzialmente difforme, è stata assunta una decisione in cui si è prediletto l'intervento meno invasivo fra quelli possibili, riconoscendo un rilievo allo stato di salute della persona, «con la consapevolezza che se la legge in questione pretendesse l'accertamento della piena trasformazione della persona da uomo a donna o viceversa, in modo da far coincidere integralmente i caratteri con il sesso prescelto, la stessa sarebbe del tutto inapplicabile»<sup>38</sup>.

34 Così, v. B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 465, seguendo un'interpretazione in combinato disposto con la norma transitoria ex art. 6 della L. n. 164/1982, che si riferisce a coloro che si sono già sottoposti a trattamento medico-chirurgico di adeguamento del sesso (ovviamente all'estero, posta l'impossibilità, prima del 1982, di effettuarlo in Italia).

35 B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, cit., p. 465.

36 Tribunale di Vercelli, sentenza del 12 dicembre 2014, n. 159, con nota di M.M. Winkler, *Di nuovo sul rapporto tra rettificazione anagrafica di sesso e necessità dell'intervento chirurgico*, in *Il Quotidiano giuridico*, 2015.

37 Così nota M.M. Winkler, *Di nuovo sul rapporto tra rettificazione anagrafica di sesso e necessità dell'intervento chirurgico*, cit.

38 Tribunale di Catanzaro, sentenza del 30 aprile 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

Sia pure nell'ambito di una decisione che ha tenuto conto delle concrete esigenze e quantomeno consentito l'intervento meno invasivo fra quelli astrattamente possibili, sono da segnalare criticamente alcune affermazioni del tribunale. In primo luogo, è da evidenziare una sorta di paternalismo del giudice che sembra volersi sostituire alla persona interessata nello stabilire i parametri del suo benessere. Infatti, senza considerare i desideri e le ambizioni individuali della persona rispetto a scelte che riguardano la propria sfera di intimità, il giudice ha ritenuto di poter individuare una sorta di benessere "oggettivato" da imporre non solo *a prescindere* ma anche *contro* la volontà della persona. Questo aspetto va valutato con attenzione poiché si presta al rischio di uno scivolamento dell'asse centrale della questione dalla persona interessata, del cui corpo e della cui salute psico-fisica si discute, ad elementi ultranei ed eterodeterminati.

Al pari, criticamente, è da segnalare la centralità riconosciuta alla capacità di generare, vicenda disgiunta da quella della modifica del sesso, nonché il costante riferimento alla protagonista della vicenda al maschile, pur trattandosi di una donna transessuale.

In definitiva, questa posizione esprime la convinzione per cui deve esservi una esatta e univoca corrispondenza fra l'assegnazione di ogni persona all'uno o all'altro sesso e la caratterizzazione del corpo secondo quelli che sono i parametri del dimorfismo sessuale, considerazione che in qualche modo sembra manifestare l'idea per cui non possono esservi incertezze circa il dualismo che assegna ogni individuo al maschile o al femminile.

### 3.4 Le recenti evoluzioni (*segue*): la centralità della persona e delle scelte sul proprio corpo

Il deciso prevalere della posizione per cui l'intervento chirurgico è necessario ai fini della conclusione del percorso di modifica del sesso anagrafico e va praticato sui caratteri sessuali primari, si è di recente accompagnato ad un consolidamento della giurisprudenza in senso opposto.

Infatti, due recenti pronunce si sono dissociate dalla presunta necessità che la persona si sottoponga ad un intervento completo di riassegnazione del sesso anatomico ai fini della modifica anagrafica.

Con una rapida e sintetica motivazione, una Corte ha accolto la richiesta di modifica anagrafica da parte di una donna transessuale che si era sottoposta alla sola terapia ormonale e ad interventi di chirurgia sui caratteri sessuali secondari, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge 164 del 1982<sup>39</sup>.

Nel motivare la propria decisione, il Tribunale ha richiamato le argomentazioni della Consulta (nella pronuncia 161 del 1985) quanto alla necessaria tutela della libertà e della dignità della persona interessata, nonché alla sua autodeterminazione, così come i passaggi relativi alla nozione di identità sessuale non necessariamente coincidente con il solo apparato genitale, ma comprendente altresì l'aspetto psico-sociale.

Peso determinante viene riconosciuto all'analisi del caso concreto da cui emerge una piena consapevolezza e determinazione della persona interessata di voler mutare l'assegnazione anagrafica, passaggio a prescindere dal quale risulterebbe compromesso il pieno sviluppo della personalità e dei rapporti interpersonali e sociali.

In maniera condivisibile, l'intervento chirurgico viene inteso come tappa eventuale qualora sia necessario assicurare alla persona interessata uno stabile equilibrio psicofisico e se la dissonanza fra soma e psiche determini un atteggiamento di conflittualità e rifiuto del proprio corpo. Posto che nella persona protagonista della vicenda, l'intervento non aveva un carattere di necessità in chiave di benessere individuale, ma sarebbe stato persino sconsigliato, il giudice ammette la modifica anagrafica e la riassegnazione del nome, senza modifica dei caratteri sessuali primari.

In senso analogo, un secondo Tribunale ha ritenuto di accogliere la domanda di riassegnazione anagrafica in presenza del solo intervento ormonale, in ragione della non opportunità dell'intervento e della sua pericolosità per la salute<sup>40</sup>.

Nel prendere atto del carattere fumoso e generico della normativa in materia, come modificata nel 2011, viene privilegiata l'interpretazione per cui richiedere l'intervento di riassegnazione dei caratteri sessuali "quando necessario" significa sostanzialmente rimettere la valutazione al giudice. A supporto, il tribunale richiama la lettura definita "personalista" della legge 164 fatta propria dalla Consulta (con la pronuncia 161 del 1985) e l'obiettivo di ricomporre soma e psiche della persona transessuale.

In maniera condivisibile, il Tribunale ricorda che il conflitto fra il vissuto personale e sociale e l'apparenza della persona non necessariamente debba sfociare nella scelta di sottoporsi all'intervento chirurgico demolitivo e ricostruttivo. Proprio a partire dalla lettera della legge che si riferisce genericamente

39 Tribunale di Genova, quarta sezione, sentenza del 5 marzo 2015, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015.

40 Tribunale di Messina, prima sezione, sentenza del 4 novembre 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015.



mente ai caratteri sessuali, senza specificare se siano quelli primari o secondari, il giudice precisa dunque la necessaria verifica degli aspetti comportamentali e psichici.

Viene così superata l'interpretazione secondo cui l'eventualità dell'intervento chirurgico riguardi il solo caso in cui lo stesso sia già stato effettuato. In proposito, il giudice dà conto del profondo mutamento del fenomeno del transessualismo nella società contemporanea, nonché dell'effetto delle terapie ormonali e della chirurgia estetica grazie alle quali la fissazione dell'identità sessuale spesso prescinde dalla modifica dei caratteri sessuali primari. Richiama inoltre la giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto il diritto all'identità personale<sup>41</sup>, in cui certamente rientra anche l'identità sessuale<sup>42</sup>, oltre che la tutela della dignità individuale quale criterio ermeneutico evolutivo in chiave di effettività delle tutele.

Nel caso in esame, il tribunale privilegia dunque un'interpretazione per cui la piena tutela del diritto di realizzare la propria identità, va intesa nel senso di assicurare il completamento del percorso anche a coloro che, pur avendo modificato in modo significativo il proprio corpo, non intendono sottoporsi all'intervento<sup>43</sup>.

Interessante è anche l'interpretazione del termine "adeguamento", secondo cui non sarebbe necessaria la modifica di tutti i caratteri sessuali, ma anche soltanto una loro evoluzione incompleta e imperfetta, purché si accompagni a un significativo avvicinamento dell'identità del sesso da acquisire. Questa conclusione è supportata anche dalla constatazione di come spesso la totale coincidenza non sia possibile, risultando ipotizzabile soltanto una certa (tendenziale) corrispondenza.

Nella consapevolezza di tracciare una linea di discontinuità con la giurisprudenza maggioritaria, la Corte si preoccupa anche di respingere le principali argomentazioni che hanno fatto propendere altri tribunali nel senso dell'obbligatorietà dell'intervento, ossia il "rischio" del permanere della capacità procreativa nella persona transessuale e la possibile reversione del percorso di mutamento del sesso. A riguardo, il giudice afferma l'erroneità del porre sullo stesso piano il diritto individuale all'identità personale e l'interesse della collettività ad una corrispondenza fra l'assegnazione anagrafica e il corpo. Infatti, non possono essere individuati interessi superiori alla salute, diritto dotato di copertura costituzionale, che sarebbe compromesso da un intervento imposto e non voluto dalla persona del cui corpo si discute. Tali infatti non sono né la certezza delle relazioni giuridiche, peraltro comunque salvaguardata dalla certezza dell'assegnazione anagrafica, né la "necessaria diversità sessuale delle relazioni familiari"<sup>44</sup>.

Questo deciso rafforzamento della giurisprudenza ritenuta minoritaria va certamente condiviso in quanto ricollocazione della persona coinvolta al centro del processo decisionale sulle scelte che riguardano il corpo, in linea con il principio personalista fatto proprio dalla Costituzione.

La nuova prospettiva di apertura dei giudici di merito sulla non necessità dell'intervento chirurgico ai fini della conclusione del percorso di modifica anagrafica, si è peraltro accompagnata ad una recente pronuncia della Corte europea dei diritti umani che non ha però chiaramente affermato la non necessità dell'intervento chirurgico<sup>45</sup>. La condanna della normativa turca in base alla quale per poter essere autorizzati dal tribunale a subire un intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali occorre aver perso la capacità riproduttiva è stata ritenuta irragionevole.

41 Corte costituzionale, sentenza del 3 febbraio 1994, n. 13.

42 Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985 n. 161.

43 A supporto viene richiamata la giurisprudenza sovranazionale e la Risoluzione del 29 aprile 2010 con cui si chiede agli stati di consentire il cambiamento anagrafico anche a prescindere dall'intervento chirurgico, se non desiderato.

44 Quest'ultimo punto è degno di particolare attenzione, sebbene non riguardi direttamente il caso in esame. Esso infatti rievoca il superamento della diversità di sesso come base di riconoscimento di un legame affettivo, ad opera della Carta di Nizza e della Corte europea dei diritti umani, come confermato dalla sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale, sia pure con una lettura che omette di specificare che entrambi i giudici hanno ribadito la necessaria diversità di sesso ai fini della configurazione di un legame come matrimoniale.

45 Corte europea dei diritti umani, *Y. Y. v. Turkey*, decisione del 10 marzo 2008, n. 14793.

## 4. La parola alla Corte

### 4.1 L'ordinanza di rimessione

È pensabile che la difficoltà interpretativa e l'obiettivo confusione che regna sul tema possano essere, almeno in parte, risolte dalla Corte costituzionale chiamata ad esprimersi sul tema da una recente ordinanza di rinvio del Tribunale di Trento<sup>46</sup>.

Il giudice trentino, infatti, ha sollevato la questione di costituzionalità della norma che, a suo parere, imporrebbe di escludere la possibilità di modificare l'attribuzione di sesso anagrafico, in assenza della rettifica dei caratteri sessuali primari della persona<sup>47</sup>.

Nell'atto di rimessione, il giudice afferma che la modifica dei caratteri sessuali, da intendersi come riferita ai caratteri primari, emergerebbe in maniera inequivocabile dal tenore letterale della norma, quale requisito indispensabile ai fini della modifica anagrafica.

Resta senza conseguenze il richiamo alla dizione letterale della disposizione che fa riferimento all'eventualità che l'adeguamento dei caratteri sessuali non risulti necessario (*"quando [e dunque se] risulta necessario"*). In forza di una sorta di lettura logico-sistematica, l'interpretazione seguita non andrebbe, infatti, nel senso di ritenere possibile la modifica anagrafica con il solo intervento sui caratteri sessuali secondari, ma piuttosto nella direzione per cui possono esservi casi concreti nei quali i caratteri sessuali primari risultano già modificati.

Secondo il giudice *a quo*, il legislatore del 1982 avrebbe richiesto una piena e indiscussa corrispondenza tra gli organi sessuali primari della persona e la sua nuova identità, restando esclusa la possibilità che si possa eseguire la modifica anagrafica con il solo intervento sui caratteri secondari. Seguendo simile percorso, viene esclusa ogni diversa interpretazione volta ad estendere la lettera della legge a casi in cui la persona non sia intenzionata a sottoporsi all'intervento chirurgico.

Posta la necessitata interpretazione della normativa e la mancata modifica dei caratteri sessuali primari da parte della persona interessata che aveva subito la sola terapia ormonale, il giudice non vede altra possibilità che rigettare la domanda di rettifica di attribuzione di sesso.

Tuttavia, nell'ammettere che ciò costituirebbe una «grave ed inammissibile limitazione al riconoscimento del diritto all'identità di genere», ritiene di poter sollevare la questione di legittimità costituzionale di quella parte della disposizione che subordina la rettifica di attribuzione di sesso alla intervenuta modifica dei caratteri sessuali della persona istante<sup>48</sup>. Ritiene infatti che l'obiettivo di un pieno benessere psico-fisico includa anche il cambiamento anagrafico, non possibile però senza la modifica anatomica, non sempre desiderata dalla persona.

I parametri individuati sono gli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost. (in relazione all'art. 8 CEDU<sup>49</sup>).

Nel motivare il sospetto di incostituzionalità, il giudice *a quo* sostiene che il diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale non sarebbe riconosciuto dalla norma, che ne subordina l'esercizio alla modifica dei caratteri sessuali primari.

In maniera contraddittoria, nel riconoscere che condizionare il diritto di scegliere la propria identità sessuale alla modifica dei propri caratteri sessuali primari mediante «un doloroso e pericoloso intervento chirurgico» finirebbe con il pregiudicarne l'esercizio, vanificandolo, non ritiene però di interpretare la disposizione in senso conforme a Costituzione.

Il giudice ritiene invece bilanciabili il diritto individuale all'identità sessuale (e la relativa autodeterminazione), con la regola che — a suo dire — impone quale requisito necessario per ottenere la modifica dell'attribuzione di sesso la modifica dei caratteri sessuali primari.

Anche rispetto all'art. 32, che tutela il fondamentale diritto alla salute, il giudice offre una ricostruzione contraddittoria in quanto, da un lato, riconosce che al fine dell'esercizio di un proprio diritto fondamentale (quale il «diritto all'identità sessuale»), la norma impone al soggetto di sottoporsi ad un trattamento chirurgico, del tutto non pertinente né necessario per l'esercizio del diritto stesso. Tuttavia,

46 Tribunale di Trento, ordinanza del 19 agosto 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

47 Art. 1, co. 1, L. n. 164/1982.

48 Art. 1, co. 1, L. n. 164/1982.

49 L'art. 8 CEDU stabilisce che «ogni persona ha il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».

nonostante la chiara contrapposizione con l'art. 32 Cost.<sup>50</sup>, il giudice non ritiene di tentare una interpretazione della disposizione conforme a Costituzione, così da riportare al centro della scena la persona interessata, con le proprie aspettative e desideri.

A fondamento della non manifesta infondatezza, richiama la pronuncia della Corte europea dei diritti umani nel caso *Goodwin*<sup>51</sup>, oltre ad una giurisprudenza costituzionale selezionata in modo forse non del tutto completo<sup>52</sup>.

Se, come afferma il giudice, «sembra che non vi sia ragionevolezza né logicità nel condizionare il riconoscimento del diritto della personalità in esame, ad un incommensurabile prezzo per la salute della persona (artt. 3 e 32 Cost.)», la soluzione avrebbe potuto (e forse dovuto) essere un'interpretazione difforme rispetto alla giurisprudenza maggioritaria. L'esito nel suo profilo pratico avrebbe così potuto essere il rilascio dell'autorizzazione al cambiamento di sesso anagrafico, senza necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari.

Non può dirsi che siano assenti argomentazioni in proposito; ad esempio, peso maggiore avrebbe potuto riconoscersi all'argomento della tutela della salute della persona interessata e alla sua centralità nel bilanciamento con diritti e interessi potenzialmente contrapposti: ciò avrebbe presumibilmente condotto a ritenere inammissibile la configurazione dell'obbligo di sottoporsi ad un intervento chirurgico non desiderato, soprattutto se ritenuto dannoso o comunque non necessario per il raggiungimento del pieno benessere psico-fisico della persona interessata<sup>53</sup>.

Non può infatti apparire secondario che proprio in nome della garanzia del benessere psico-fisico delle persone transessuali, questa condizione sia stata identificata come vicenda giuridicamente rilevante e che, a questo riconoscimento, sia seguita una garanzia delle tutele<sup>54</sup>.

In aggiunta a quanto segnalato, va ammesso che l'ordinanza di rinvio appare criticabile anche per alcune confuse nozioni di genere e di identità sessuale. Il genere viene infatti inteso solo come ruolo sganciato dal corpo, dal sesso e da qualsiasi materialità, "disincarnato", senza dubbio alcuno sulla artificialità e convenzionalità del binarismo sessuale e senza la consapevolezza del portato sociale e culturale che lo distingue dal sesso, come elemento dell'appartenenza biologica di un individuo al maschile o al femminile. Anche l'identità sessuale viene richiamata talvolta in sovrapposizione all'identità di genere, talaltra come generico riferimento all'identità personale, mostrando una non compiuta conoscenza delle nozioni di cui si tratta.

## 4.2 I possibili esiti

A breve dunque, la Corte costituzionale dovrà esprimersi sulla necessità o meno dell'intervento chirurgico quale requisito indispensabile per la modifica del sesso anagrafico<sup>55</sup>.

50 Si pensi alle affermazioni del giudice *a quo*, laddove riconosce che imporre un intervento chirurgico doloroso e pericoloso per la salute equivale «a vanificare o rendere comunque eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto alla propria identità sessuale» e che la modifica dei caratteri sessuali primari non sempre è necessaria ma «anzi, alla luce dei diritti "in gioco", la persona deve avere il diritto di rifiutarla», posto che imporre l'intervento «significa pretendere da lei di commettere un atto di violenza sul proprio corpo».

51 Corte europea dei diritti umani, Grande camera, *Christine Goodwin contro Regno Unito*, decisione dell'11 luglio 2002, n. 28.957.

52 Vengono infatti richiamate alcune pronunce, anche risalenti, Corte costituzionale, sentenza del 3 luglio 1956, n. 11; Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 1991 n. 366; Corte costituzionale, sentenza del 29 dicembre 1988 n. 1146; Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985 n. 161; Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 1987 n. 561. Mentre non sono invece ricordate la pronuncia Corte costituzionale, sentenza del 3 febbraio 1994, n. 13, o le ulteriori in materia di transessualismo (come ad esempio, la recente Corte costituzionale sentenza dell'11 giugno 2014 n. 170).

53 M.M. Winkler, *Di nuovo sul rapporto tra rettificazione anagrafica di sesso e necessità dell'intervento chirurgico*, cit.

54 Come si ricorda, infatti, la L. n. 164/1982 fu approvata sulla scia di un'affermazione "forte" del diritto alla salute della persona transessuale. Così, B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, cit., p. 465.

55 Si tratterà della quarta pronuncia della Consulta sul tema del transessualismo.

Nel 1979, in assenza di normativa a riguardo, la Consulta si allineò alle posizioni del giudice *a quo* che aveva rifiutato la rettificazione dell'atto di nascita in caso di operazione chirurgica effettuata all'estero, giacché avrebbe significato il riconoscimento e la prevalenza di un "sesso psichico" (Corte costituzionale, sentenza del 26 luglio 1979, n. 98). Il giudizio riguardava le disposizioni sull'ordinamento di stato civile che si frapponavano al riconoscimento del nuovo sesso (Artt. 165 e 167 del R.d.l. 9 luglio 1939, n. 1238 e art. 454 c.c., abrogati dall'art. 110, rispettivamente, co. 1 e co. 3, del D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396) e l'esito fu l'infondatezza (parametri erano gli artt. 2 e 24 Cost.), con il rifiuto dell'inclusione «tra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica». L'art. 2 Cost., infatti, «nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo non può non essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali»; P. Veronesi, *Il*

Da un punto di vista pratico, la questione è sostanzialmente incentrata sulla legittimità dell'imposizione forzata di un intervento chirurgico anche contro la volontà della persona direttamente interessata.

L'interrogativo potrebbe essere sciolto attraverso il bilanciamento fra i diritti e gli interessi potenzialmente contrapposti, da un lato, dunque, il diritto individuale a non subire un intervento invasivo e irreversibile (e i connessi diritti alla libertà personale, allo sviluppo della propria personalità, all'autodeterminazione), dall'altro le questioni a carattere generale più o meno implicitamente evocate. Si pensi, ad esempio, alla certezza del diritto e dell'assegnazione di ogni individuo all'uno o all'altro sesso, alla stabilità del sistema, all'ordinato svolgimento dei rapporti giuridici, ad esigenze di tutela dei terzi che vengano in contatto con la persona transessuale, alla corrispondenza univoca fra identità anagrafica (dunque assegnazione di una persona come Maschio o come Femmina) e sesso anatomico.

Con le precisazioni che verranno successivamente fornite, non può non notarsi come l'ingresso in bilanciamento di simili considerazioni comporterebbe inevitabilmente il rischio di stravolgere l'assetto delineato dalla Costituzione che assegna una indiscussa centralità alla persona, alla sua salute e alle sue aspirazioni<sup>56</sup>.

Quanto agli esiti, il Giudice delle leggi ha di fronte a sé un ampio spettro di soluzioni, molte delle quali possono essere sorrette da validi argomenti.

Non così impraticabili sembrano le argomentazioni a favore dell'accoglimento della questione, soluzione che significherebbe porre in rapporto gerarchico le prerogative individuali, rispetto agli elementi a carattere generale sopra richiamati. Alla luce del quadro costituzionale vigente, della centralità della persona e della sua salute, sarebbe comunque arduo negare la sussistenza di un vizio di costituzionalità nella pretesa di imporre un intervento chirurgico invasivo e irreversibile contro la volontà espressa della persona interessata e a prescindere dalla considerazione del suo benessere personale.

Infatti, una diversa opzione significherebbe porre la persona che non voglia sottoporsi all'intervento di fronte alla scelta fra il subire un trattamento chirurgico invasivo, irreversibile e non voluto, e la mancata conclusione del percorso di modifica del sesso anagrafico. L'incongruità della vicenda emerge nella misura in cui si prefigura una scelta fra due posizioni entrambe riconducibili alla salute, l'integrità del corpo, da un lato, il benessere psicofisico individuale che il riallineamento fra psiche e identità anagrafica possono realizzare, dall'altro.

Se si considerasse sufficiente la sussistenza di un interesse della collettività all'assegnazione definitiva di una persona all'uno ovvero all'altro sesso, quest'ultima diverrebbe un mero strumento per la realizzazione di interessi ultronei, in netto contrasto con il principio personalista di cui è intrisa la nostra Costituzione.

Infatti, non si potrebbe considerare tollerabile che una persona sia costretta a sottoporsi a un trattamento chirurgico al fine di vedersi riconosciuto il diritto ad essere se stessa, ovvero il diritto ad avere diritti<sup>57</sup>. Né va sottovalutato che alla conclusione del percorso è connessa la riassegnazione del nome, cui segue la possibilità di ottenere nuovi documenti e dunque l'inizio di una vita nella nuova identità, sottraendosi allo stigma che deriva dalla difformità fra identità anagrafica e apparenza corporea.

In proposito, va certamente ribadito l'assunto per cui il benessere individuale andrebbe inteso quale perno di ogni singola valutazione da parte dell'autorità giudiziaria nel valutare l'effettiva necessità o meno dell'intervento chirurgico.

Non può non essere sottolineato un ulteriore elemento che scorre sotterraneo alla questione di costituzionalità, come una sorta di "convitato di pietra", ossia la necessaria iscrizione all'uno o all'altro sesso e la ferrea corrispondenza fra sesso anagrafico e soma che da una pronuncia di accoglimento sarebbero forse messi in discussione e che certamente la Corte non potrà che adeguatamente valutare. È chiaro infatti che ammettere la rottura dell'asse che, ad oggi in maniera apparentemente insuperabile, connette sesso anatomico e sesso anagrafico, implicitamente potrebbe condurre all'archiviazione del di-

---

corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma, Milano, Giuffrè, 2007; M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, pp. 27 ss.; S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, pp. 1179-1197.

Nel 1985, tre anni dopo l'approvazione della legge 164, la Corte torna sull'argomento e, sulla base del carattere terapeutico dei trattamenti medico-chirurgici cui si sottopone il transessuale, esclude che la normativa violi i limiti della disponibilità del proprio corpo posti a tutela della persona umana (Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161).

La questione di costituzionalità era stata sollevata dalla Corte di Cassazione, con ordinanza n. 515 del 20 giugno 1983, circa gli artt. 1 e 5 della L. n. 164 del 1982, per supposto contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 30 e 32 Cost.

Da ultimo, nel 2014, con una pronuncia additiva di principio la Corte "risolve" la questione dell'obbligo del divorzio imposto alla coppia di cui un coniuge abbia cambiato sesso (Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014 n. 170).

56 L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione*, cit., p. 11; A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., pp. 102 ss.

57 S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 298 ss.



morfismo sessuale, dato sul quale sono conformati la maggior parte degli ordinamenti contemporanei<sup>58</sup>. In proposito, va tuttavia considerato come l'unico dato da archiviare risulterebbe la ferrea corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico che peraltro già sconta numerose e frequenti eccezioni<sup>59</sup>.

Una pronuncia di accoglimento metterebbe in discussione anche il nesso fra identità anagrafica e capacità riproduttiva del sesso biologico originario, elemento mai esplicitamente affrontato, ma che scorre sotterraneo in molte delle pronunce. Di frequente, i giudici hanno fatto riferimento alla necessaria sterilità della persona che transita, sia pure si tratti, anche in questo caso, di un requisito non previsto dalla legge che, in un profilo teorico, riconduce ad una sovrapposizione fra idoneità riproduttiva e assegnazione sessuale.

Una riflessione aggiuntiva potrebbe anche chiamare in causa il ruolo dell'art. 8 CEDU, quale parametro interposto, alla luce dell'intrusione nella vita privata che l'intervento chirurgico imposto determina.

In attesa che il giudizio di fronte alla Corte costituzionale sia definito, va peraltro considerato il rilievo che il caso potrebbe assumere anche presso la Corte europea dei diritti umani, posta la compressione dei diritti fondamentali che esso ha mostrato di ammettere.

Anche la via di una pronuncia interpretativa di accoglimento sembra plausibile suggerendo una soluzione adeguata alla concretezza della vicenda concreta e inducendo la Corte a dichiarare l'incostituzionalità nella parte in cui impone l'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari come obbligo ai fini della conclusione del percorso. Tuttavia, questa opzione potrebbe essere seguita soltanto assumendo come chiaro il dettato normativo che in realtà si riferisce alla generica espressione "caratteri sessuali", senza specificare il tipo di trattamento medico-chirurgico, né se si tratti di caratteri primari o secondari.

Una soluzione che consentirebbe di trovare un compromesso fra la necessità di rispettare una serie di criteri — dualismo di genere, corrispondenza sesso anatomico-anagrafico, certezza degli status — e il non venire meno al proprio ruolo di garante della legittimità costituzionale delle leggi potrebbe essere rappresentata da una pronuncia additiva di principio. Ricalcando l'esito cui è pervenuta con la pronuncia 170 del 2014 sulla questione del divorzio "imposto" alla persona transessuale coniugata che si sottoponga ad un intervento di riassegnazione chirurgica del sesso<sup>60</sup>, la Consulta potrebbe così sottrarsi

58 Si vedano però alcune recenti esperienze, come ad es. gli ordinamenti di Malta, Germania e Australia, che hanno ammesso la possibilità di un'assegnazione ulteriore rispetto al sesso maschile o femminile, per coloro che non rientrano nel binarismo sessuale e che hanno un sesso incerto o indefinito.

59 La stessa vicenda della persona transessuale attesta il possibile slittamento fra la componente biologica del sesso, immutabile, e l'esteriorità del corpo, nonché l'appartenenza anagrafica. Così, anche la vicenda intersessuale che vede la contemporanea presenza di caratteri propri di entrambi i sessi e comunque l'assegnazione ad uno di essi.

60 La dottrina di commento alla sentenza Corte costituzionale n. 170 del 2014 appare piuttosto significativa, nonostante si tratti di una decisione recente: v. G. Palmeri, M.C. Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, parte seconda, 2014, pp. 553-566; P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale, ma non troppo*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. Brunelli *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul cd. "divorzio imposto"*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014; M. Di Bari *"Commento a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Osservatorio Costituzionale dell'AIC*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); B. Pezzini *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014; A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta on line*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); F. Saitto, *Rettificazione di sesso e "paradigma eterosessuale" del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di "divorzio imposto"*, in *Diritti comparati*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); C. Salazar *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in *Confronti costituzionali*, [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it); P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto" il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M.M. Winkler *"La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre"*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015; L. Conte, *"Anche nelle situazioni minoritarie e anomale". La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture*, in questa *Rivista*, n. 2, 2014, pp. 126 ss., disponibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro italiano*, 2014, 10; V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente*, in *Diritti fondamentali*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); R. Cataldi, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Rivista telematica AIC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); A. Rapposelli, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in *Rivista telematica AIC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

Circa il caso specifico da cui è generata la sentenza 170/2014, si vedano le ricostruzioni in A. Lorenzetti, *Diritti "in transito". La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2013, pp. 105 ss., nonché sull'ordinanza di rinvio alla Corte, il numero monografico di questa *Rivista*, n. 1, 2014, e in particolare il saggio di M. Balboni, M. Gattuso *Famiglie e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, n. 1, 2014, pp. 6 ss., disponibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); A.

alla difficoltà di dover coniare una regola immediatamente operante e applicabile *erga omnes*; fissato il principio generale da attuarsi attraverso l'intervento del legislatore, a esso potrebbero fare riferimento anche i giudici nel decidere casi concreti, ovviamente entro certi limiti e con effetti soltanto *inter partes*.

Anche a favore dell'ipotesi del rigetto della questione sembrano propendere alcune significative argomentazioni, prevalentemente di ordine logico-sistematico. Ad esempio, la Consulta potrebbe ritenere impraticabile un esito che creerebbe un'oggettiva incertezza circa la corrispondenza fra sesso anatomico e anagrafico e, dunque, la non irragionevolezza della richiesta legislativa, così come interpretata dal giudice *a quo*.

A fronte dell'oggettiva difficoltà interpretativa mostrata dai giudici di merito, la Corte potrebbe non volersi sottrarre dall'occasione offerta da questa ordinanza nel rimarcare il dualismo di genere e il binarismo sessuale, elementi su cui comunque la l. 164 si fondava e che hanno rappresentato (come in gran parte ancora oggi rappresentano) un elemento non messo in discussione né problematizzato.

Tuttavia, va ribadito come intraprendere la via del rigetto della questione significherebbe implicitamente gerarchizzare le prerogative individuali della persona che non intende sottoporsi all'intervento chirurgico, e dunque la sua salute e autodeterminazione, rispetto a criteri astratti e generali, come la certezza del diritto e il binarismo sessuale.

A favore dell'adozione di una pronuncia interpretativa di rigetto potrebbero muovere alcune argomentazioni che considerano come plausibile, da parte della Corte costituzionale, un'interpretazione delle disposizioni impugnate che valga a "salvarle" dalla dichiarazione di incostituzionalità. L'interpretazione per cui la norma impugnata vada adeguata al caso concreto, e dunque alle ambizioni della persona interessata e alle possibilità concrete offerte dalla medicina e dalla chirurgia, però, si pone forse come poco praticabile, posta la mancata interpretazione conforme a Costituzione esperita dal giudice *a quo*, su cui si tornerà a breve. L'unico elemento che potrebbe indurre la Corte a privilegiare questa opzione potrebbe forse essere l'obiettivo di superare il diritto vivente formatosi sul punto e la ancora prevalente interpretazione che richiede come necessario l'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari.

Se, alla luce delle questioni in gioco, non sembra possibile una decisione di manifesta infondatezza, l'ipotesi che sembra più plausibile appare piuttosto la dichiarazione di inammissibilità, alla luce di due ordini di considerazioni.

In primo luogo, va segnalato che il giudice *a quo* non ha neppure esperito un tentativo di interpretazione delle norme impugnate in conformità a Costituzione.

Nessuna diversa soluzione è stata ritenuta percorribile rispetto alla prefigurazione dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari come requisito necessario per la conclusione del percorso di modifica anagrafica, senza neppure esplorare l'astratta possibilità di intendere la locuzione "caratteri sessuali" come riferita ai soli caratteri secondari. Questa ipotesi, comunque già ammessa dalla giurisprudenza, anche recentemente<sup>61</sup>, e dunque certamente "possibile"<sup>62</sup>, laddove la persona non desideri sottoporsi all'intervento chirurgico, avrebbe forse potuto condurre ad applicare la disposizione di legge secondo quanto adeguato al caso concreto.

Ad ogni modo, se anche il giudice di merito non avesse ritenuto possibile estendere in via interpretativa la norma che individua i caratteri sessuali necessariamente come quelli primari, avrebbe dovuto offrire una più solida argomentazione.

Se, infatti, in passato la Corte costituzionale ha rivolto ai giudici espliciti inviti a seguire una interpretazione conforme, anche in presenza di un diritto vivente o di un orientamento giurisprudenziale univoco, tanto più questa via poteva essere percorsa in presenza di un orientamento forse maggioritario, ma certamente non univoco.

Analogamente, quanto all'estensione, per via ermeneutica, dell'espressione legislativa che indica come eventuale l'intervento chirurgico (che deve essere autorizzato *quando* [e dunque *se*] necessario). Ad essere in discussione, nel caso di specie, non è l'origine storica della dizione contenuta nella legge 164, né il suo originario significato riferito propriamente a coloro che avevano eseguito l'intervento all'estero. Ciò che era però richiesto al giudice trentino sarebbe stato di motivare, in maniera più circostanziata, la ragione per cui non ha ritenuto possibile attualizzare l'interpretazione della disposizione di riferimento ed estenderla anche ai casi in cui l'intervento non sia necessario alla persona e al suo benessere psico-fisico. Questa mancanza appare peraltro ancor più contraddittoria nella misura in cui il giu-

D'Aloia, Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere di vivere" davanti alla Corte costituzionale, in *Confronti costituzionali*, [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it).

61 Si veda la giurisprudenza richiamata alle note 27 e 28, nonché al paragrafo 3.4. del presente lavoro.

62 Infatti, il giudice ha «solo la facoltà e non l'obbligo di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale». Così Corte costituzionale, ordinanza del 1 luglio 2005, n. 252; analogamente anche Corte costituzionale, ordinanza del 30 gennaio 2002, n. 3.

dice *a quo* mostra una chiara consapevolezza della delicatezza delle questioni in gioco e dell'invasività dell'intervento che si pretenderebbe di imporre contro la volontà della persona del cui corpo si discute.

Proprio alla luce di una attenta valutazione dei diritti e degli interessi contrapposti, questa via avrebbe infatti potuto essere verificata con maggiore attenzione.

Ammettere la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata che legittimi la modifica del sesso anagrafico senza intervenire sui caratteri sessuali primari, infatti, significherebbe ribadire la primazia della persona e delle sue aspettative.

Non possono essere sollevati dubbi sul fatto che il non aver neppure tentato di esperire diverse soluzioni interpretative apre la via ad una possibile pronuncia di inammissibilità per mancata interpretazione conforme, posto che, laddove ammissibile, il giudice ha il potere-dovere di attribuire alla legge un significato tale da escludere la dichiarazione di incostituzionalità. Dunque, il giudice avrebbe dovuto esplicitare la ragione per la quale ha ritenuto di non potersi discostare dall'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, nonostante le significative contrarietà a Costituzione riscontrate.

Il solo elemento di ostacolo in questo senso, peraltro comunque debolmente motivato, potrebbe essere ravvisato nel dato per cui una diversa interpretazione avrebbe significato il superamento del binarismo sessuale e dunque la messa in discussione di un elemento su cui l'ordinamento è implicitamente fondato<sup>63</sup>.

Alla luce del mancato tentativo di interpretare la disposizione secondo Costituzione, la Consulta potrebbe collocarsi sulla scia delle precedenti pronunce in cui ha ritenuto di valorizzare il margine di manovra del giudice nell'esercizio della propria attività interpretativa e di stigmatizzare il mancato esercizio del potere interpretativo del giudice nel "conformare" il dettato normativo ai principi costituzionali<sup>64</sup>.

Peraltro, nel caso di specie, la mancata interpretazione conforme potrebbe anche giustificare una pronuncia di manifesta inammissibilità, posta l'assenza di motivazione nell'aver ricercato e privilegiato le possibili ipotesi interpretative che consentano di adeguare la disposizione di legge ai parametri invocati a sostegno del dubbio di costituzionalità.

Ancora più criticabile appare l'ordinanza di rimessione nella parte in cui non dettaglia, né precisa, il *petitum* rivolto alla Corte, elemento che ugualmente potrebbe far propendere verso un'ordinanza di manifesta inammissibilità per mancanza dei requisiti essenziali propri dell'ordinanza di rinvio.

### 4.3 Forma vs. sostanza della questione

In conclusione, appare doveroso scindere i profili che emergono dall'ordinanza nel loro aspetto sostanziale e formale.

Sotto la prospettiva formale, più di un elemento induce a ritenere probabile l'esito dell'inammissibilità o della manifesta inammissibilità, per mancanza del *petitum* e del tentativo di interpretazione conforme.

Tuttavia, questo aspetto non può far passare in secondo piano la dubbia compatibilità a Costituzione delle prassi consolidate che spesso impongono un intervento chirurgico invasivo e irreversibile, anche a prescindere, o meglio contro, la volontà della persona interessata.

Emerge con evidenza la drammaticità della vicenda vissuta dalla persona transessuale che diviene quasi un "oggetto" di decisioni prese da chi valuta non soltanto il tipo di intervento più adeguato alla sua salute, ma persino il se sottoporsi al trattamento medico-chirurgico.

In presenza di valutazioni a carattere medico o psicologico che suggeriscono di non eseguire il trattamento chirurgico per non compromettere il benessere dell'individuo, andrebbe riconosciuta la possibilità di concludere ugualmente il percorso di modifica del sesso anagrafico. Diversamente, si ammetterebbe la subordinazione della salute della persona coinvolta al rispetto della regola, comunque a carattere convenzionale, che impone l'iscrizione sessuale ad uno dei due sessi<sup>65</sup> e l'impossibilità di porre rimedio al disagio percepito pure in assenza della lesione (anche solo potenziale) di diritti o interessi contrapposti.

63 Su questo profilo, v. quanto detto a proposito della possibilità di una pronuncia di accoglimento.

64 R. Romboli, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico*, cit., e *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 110, ricorda le frequenti ordinanze di manifesta inammissibilità per mancata dimostrazione di aver sperimentato l'interpretazione conforme sono ben trentacinque.

65 Le categorie M (maschio) e F (femmina) rappresentano infatti un dato convenzionale: l'assegnazione alla nascita di un sesso avviene in base ad un codice rigidamente binario maschile/femminile, secondo l'osservazione della morfologia dei genitali esterni (dimorfismo sessuale). Sul transessualismo come "sabotatore" del dualismo, v. L. Bernini, *Maschio e Femmina Dio li credi!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, Il dito e la luna, 2010.

Il benessere oggetto di valutazione, infatti, dovrebbe essere tanto fisico, quanto psichico, per cui il trattamento medico-chirurgico dovrebbe ritenersi necessario solo se in grado di garantire alla persona transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, cioè quando la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità provochi un atteggiamento conflittuale e di rifiuto dei propri organi sessuali. In assenza di simile condizione, il trattamento chirurgico di adeguamento degli organi sessuali non potrebbe essere ritenuto un presupposto indispensabile per la modifica del sesso anagrafico e del nome, poiché la lettera della legge richiede l'autorizzazione all'intervento *quando* (e dunque solo *se*) necessario.

Piuttosto, dovrebbe ribadirsi la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla supposta (ma non del tutto indiscussa) corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, considerando il trattamento chirurgico non quale requisito testualmente richiesto per concludere il percorso di modifica del sesso, ma come tappa *eventuale* per garantire alla persona transessuale un pieno benessere, e dunque in chiave del pieno spiegamento del diritto, dotato di copertura costituzionale, alla salute.

Elemento di riflessione dovrebbe costituire il dato, implicitamente assunto ma non problematizzato, per cui viene sempre e comunque richiesta la perdita della capacità procreativa del sesso di origine. Anche nei casi in cui è stata ammessa la possibilità di modificare il sesso anagrafico senza l'intervento chirurgico, la motivazione ha spesso fatto riferimento all'incapacità riproduttiva, così come nei casi in cui si è prescelto l'intervento chirurgico meno invasivo. La complessità della questione è intuitiva, seppure non può passare in secondo piano come ciò significhi implicitamente una coincidenza, tutta da dimostrare, fra assegnazione sessuale e capacità di generare.

Nella piena consapevolezza delle questioni che attorno al tema gravitano — certezza del diritto e delle relazioni sociali, tutela di terzi che entrino in contatto con la persona transessuale, corrispondenza fra sesso anagrafico e sesso anatomico, dualismo di genere — va sottolineato che, nell'affrontare casi di persone che non vogliano subire il trattamento, i giudici dovrebbero analizzare la vicenda alla luce delle aspirazioni individuali, senza pre-assumere come necessario il trattamento chirurgico sui caratteri sessuali primari.

Il chiedere a un individuo di scegliere fra non concludere il "transito" oppure sottoporsi a un intervento non voluto che rischia di compromettere il proprio benessere personale, così da vedersi riconosciuto dall'ordinamento il genere cui si sente di appartenere, verrebbe a profilare un'alternativa fra due situazioni non graduabili, poiché entrambe dotate di copertura costituzionale, ossia il proprio benessere personale, verso cui l'intera legge 164 è proiettata, e il riconoscimento giuridico della nuova identità, passaggio necessario per l'esercizio pieno dei diritti riconosciuti alla persona. Il mancato riconoscimento giuridico nella nuova identità porterebbe con sé difficoltà certe nella vita sociale e lavorativa, con la probabile conseguenza della marginalità che deriva dalla difformità fra appartenenza ad un sesso anagrafico e l'identità di genere<sup>66</sup>.

Non dovrebbero sorgere dubbi sul fatto che imporre come obbligatorio un intervento invasivo e irreversibile in nome, non della salute della persona, ma di valutazioni estranee al caso concreto, significherebbe ammettere la funzionalizzazione del corpo a esigenze ultronee, della cui compatibilità con la Costituzione è legittimo dubitare.

Se pure in giurisprudenza è minoritario l'orientamento che consente di concludere il percorso senza l'intervento chirurgico, non vi sono dubbi di sorta sul fatto che la centralità della persona, delle scelte sul proprio corpo, delle sue aspirazioni individuali, della sua salute, intesa nella doppia dimensione di benessere psico-fisico, dovrebbe essere l'elemento guida nelle decisioni.

La reale osservazione delle esigenze della persona interessata e l'analisi del caso concreto potrebbe fondare un assestamento della giurisprudenza che, in maniera assai criticabile, ha spesso optato per interpretazioni dubbie.

Conclusivamente, è da chiedersi, dunque, se l'esito del giudizio di costituzionalità, a prescindere dai rilievi di natura tecnica che possono essere mossi all'ordinanza di rimessione, possa comunque essere l'occasione per ripensare il rapporto fra la persona transessuale che ambisce ad ultimare il proprio percorso di transizione e l'autorità pubblica (operatori socio-sanitari, ma anche giudici) chiamata a decidere sulla sua vicenda, così da riassetarlo in chiave di centralità della persona, come imposto dal principio personalista fatto proprio dalla costituzione.

66 Sia consentito un rinvio al mio, *Diritti in transito*, cit.



Roberta Dameno\*

## La legge n.164/1982: tra il diritto all'identità sessuale e di genere e l'obbligo di sterilizzazione. Alcune riflessioni sulla transGenitorialità

### Sommario

1. Premessa – 2. Le persone transgenere e la genitorialità – 3. Figli di genitori transgenere – 3.1. Madri e padri in transizione – 3.2. Nascere da corpi fluidi – 4. Considerazioni conclusive

### Abstract

Sino ad oggi, la maggior parte dei Tribunali italiani per autorizzare la rettificazione sessuale chiede alle persone di sottoporsi a un intervento di sterilizzazione: l'identità sessuale viene collegata imprescindibilmente alla capacità riproduttiva. La persona deve scegliere se ottenere la rettificazione oppure mantenere intatta la sua capacità generativa. L'articolo affronta le questioni sociali e giuridiche attorno alla transgenitorialità.

*Most of Italian Courts authorizes the change of sex legal recognition after a sterilization surgery. As a consequence, personal identity is inextricably linked to the reproductive capacity. People must choose between gender recognition and reproductive capacity. This paper deals both with the social and legal issues arising from transgender parenthood..*

### 1. Premessa

Sono pochissime le ricerche che hanno come oggetto lo studio delle relazioni tra i genitori transessuali e transgender e i loro figli<sup>1</sup> e sono per lo più effettuate con un approccio psicologico, volte cioè a studiare da un lato le problematiche dei genitori nel momento della dichiarazione ai figli della loro volontà di effettuare un percorso di ridefinizione sessuale e dall'altro lato i problemi psicologici e relazionali dei figli dei genitori che iniziano la transizione sessuale.

\* Ricercatore in sociologia del diritto, Università di Milano-Bicocca, Dipartimento dei Sistemi Giuridici. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 Uso il maschile in un'accezione neutra rispetto al genere. Nella lingua italiana non è possibile esprimersi altrimenti se non esprimendo ogni volta entrambi i generi (maschile e femminile). Come si può comprendere anche dalla lettura del presente articolo non ritengo che esistano solamente due generi, di conseguenza ritengo più corretto utilizzare il maschile come neutro piuttosto che sottolineare l'esistenza di due generi distinti.

Nessuna ricerca sociologica si è occupata finora di studiare cosa significhi essere un genitore transgenere<sup>2</sup>, ponendo il focus sia su quali problemi debbano essere affrontati da un genitore che voglia intraprendere un percorso che renda esplicita la sua identità sessuale e di genere (ma anche bisessuale, intersessuale, e via dicendo) sia su quali problemi debbano essere affrontati da una persona transgenere nel momento in cui voglia diventare (o voglia provare a diventare) genitore. Nessuna ricerca sociologica si è occupata neppure di studiare gli eventuali problemi che devono affrontare i figli di genitori transgenere sia all'interno della relazione genitore-figlio, sia all'interno delle relazioni più ampie quali quelle amicali, scolastiche, lavorative.

C'è, inoltre, da sottolineare il fatto che, anche le ricerche psicologiche che si sono occupate della genitorialità transgenere, sono numericamente limitate, trattano argomenti molto specifici e non tengono in sufficiente conto i contesti sociali, culturali ed economici delle persone intervistate. In aggiunta a ciò, le ricerche sono per lo più effettuate in ambito statunitense e, come è facile capire, il contesto statunitense, pur essendo al suo interno molto variegato sotto il profilo delle realtà geografiche, sociali, culturali e giuridiche, non è assolutamente paragonabile al contesto europeo. Conseguentemente, i dati che ci vengono offerti non possono essere utilizzati *ex bruto*, ma è necessario effettuare una rilettura che tenga in considerazione la realtà europea e nel nostro caso la realtà specificamente italiana.

In questo scritto mi occuperò di studiare le problematiche che devono affrontare le persone che vivono un'identità sessuale e di genere non definibile all'interno della "normale" e normalizzante dicotomia maschile e femminile nella loro relazione genitore-figlio in un'ottica socio-giuridica.

In primo luogo, mi occuperò di studiare i percorsi che la nostra società, sia attraverso le regole sociali sia attraverso le regole giuridiche e l'interpretazione che di queste regole viene data dalla giurisprudenza, mette a disposizione — o sarebbe meglio dire mette a limitazione? — delle persone che una volta modificato il loro sesso sia fisicamente sia anagraficamente vogliano provare a vivere una vita familiare "normale" cercando di soddisfare il loro desiderio di diventare genitori.

In secondo luogo, centerò il focus sui figli di genitori transgenere, sia di quelli già nati al momento della transizione (o al momento della presa di coscienza di avere una identità sessuale non definibile con i criteri della mascolinità e della femminilità) dei loro genitori, sia di quelli nati da genitori già transitati da un sesso all'altro, sia di quelli nati da genitori che, pur avendo intrapreso un percorso di transizione, non hanno però (ancora) compiuto un atto definitivo di rettificazione dei documenti anagrafici.

## 2. Le persone transgenere e la genitorialità

Come si diventa genitori transessuali?

Innanzitutto genitori transessuali si diventa se si intraprende il percorso di transizione sessuale dopo aver vissuto una relazione di coppia eterosessuale ed aver avuto dei figli. In questo caso, la genitorialità può precedere il percorso pubblico di identificazione con il sesso non attribuito alla nascita, ma può anche essere contestuale, se non successivo alla presa di coscienza di vivere in un corpo non adeguato alla propria identità sessuale. Le persone in transizione che non abbiano completato in via definitiva l'iter di modificazione dei propri caratteri sessuali primari, possono infatti generare e, conseguentemente, diventare genitori anche se hanno già piena consapevolezza di non avere un'identità sessuale e di genere conforme al sesso attribuito alla nascita.

In secondo luogo, si può diventare genitori dopo aver completato l'iter di ridefinizione della propria identità sessuale, attraverso l'adozione, la procreazione assistita, oppure la procreazione naturale, se nel percorso di transizione non è stato (ancora) effettuato l'intervento chirurgico di ablazione delle gonadi e se l'infertilità derivata dall'uso delle terapie ormonali risulti reversibile.

Per quanto riguarda l'adozione, questa è una possibilità più teorica che pratica. In teoria, infatti, il fatto di essere una persona transessuale non dovrebbe incidere sulla decisione in merito alla sua idoneità a diventare genitore adottivo — l'idoneità dovrebbe essere valutata in base a criteri che non dovrebbero riguardare il vissuto della persona se non limitatamente alle sue capacità di diventare un buon genitore adottivo — e la sentenza del Tribunale di Perugia del 22 luglio 1997<sup>3</sup>, confermata dalla

2 Il termine *transgenere* viene usato come termine ombrello per indicare tutte quelle persone che esprimono le proprie identità di genere in modi non "tradizionali". Per approfondimento: R. Dameno, *Percorsi dell'identità. I diritti fondamentali delle persone transgenere. Una riflessione socio-giuridica*, Roma, Aracne, 2012.

3 La sentenza è pubblicata in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, p. 593.

Corte d'Appello di Perugia con sentenza dell'11 febbraio 1998<sup>4</sup>, si muove appunto in questo senso, riconoscendo l'idoneità all'adozione (internazionale) di una coppia con marito transessuale. Ma nella pratica, le cose sono spesso assai differenti. Per prima cosa, bisogna osservare che anche la sentenza del Tribunale di Perugia lega l'idoneità all'adozione al possesso, da parte del marito transessuale, delle caratteristiche comportamentali maschili quali, l'equilibrio, la razionalità e il realismo, tali da garantire l'idoneità genitoriale della coppia nel suo insieme e la sua capacità d'amore e d'altruismo verso il bambino. Sembrerebbe, quindi, che l'idoneità della persona transessuale debba essere valutata anche sulla base della sua piena appartenenza al genere di elezione. A ciò si deve aggiungere il fatto che, come fa notare anche l'Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere<sup>5</sup> il percorso adottivo delle coppie nelle quali un componente è una persona transessuale normalmente non va a buon fine, a causa di una valutazione psico-sociale che mette in evidenza il rischio che il contesto familiare non sia in grado di assolvere in modo pieno e preciso tutti i compiti educativi e tutti i doveri genitoriali<sup>6</sup>. Il punto è che sono molti gli assistenti sociali e gli psicologi che non considerano la persona transessuale idonea a intraprendere un percorso di genitorialità adottiva. In più, anche se non apertamente o personalmente contrario all'idea che una persona che abbia transitato da un sesso all'altro possa diventare un buon genitore adottivo, uno psicologo o un assistente sociale, nel giudicare l'idoneità, terrà sicuramente in conto non solo le potenzialità della famiglia che si propone come adottiva, ma anche il contesto sociale e l'ambiente in cui la famiglia vive. Ed è altamente probabile che le discriminazioni di cui la famiglia potrebbe essere oggetto vengano considerate prevalenti rispetto alle capacità genitoriali.

Per quanto riguarda la procreazione medicalmente assistita, questa è una strada che, grazie alla recente sentenza di incostituzionalità del divieto di ricorrere a un donatore o a una donatrice di gameti esterni alla coppia, sta diventando oggi percorribile anche per le persone transessuali che hanno subito un intervento chirurgico di ablazione delle gonadi. Non tutte le persone transessuali possono però ricorrere a un tale intervento, poiché la nostra normativa proibisce il ricorso alla cosiddetta maternità di sostituzione. Ne consegue che solo le coppie eterosessuali composte da una donna e da una persona che abbia effettuato una transizione da donna a uomo avranno diritto a ricorrere alla procreazione assistita in Italia, per le altre persone l'unica strada è quella verso altri Paesi con una legislazione meno restrittiva.

Per quanto riguarda la procreazione naturale, infine, in Italia la stessa sembrerebbe percorribile solo per coloro che scelgono di diventare genitori prima di intraprendere il percorso di rettificazione anagrafica del sesso e del nome. La legge n. 164/1982 viene, infatti, per lo più interpretata dai Tribunali in modo da consentire la rettificazione del nome e del sesso solo a coloro che si siano sottoposti a un intervento di ablazione delle gonadi, poiché, si afferma, l'identità sessuale è "necessariamente collegata imprescindibilmente all'astratta capacità riproduttiva di genere" e pertanto "soltanto per effetto della avvenuta modificazione della struttura anatomica del soggetto con l'eliminazione quanto meno degli organi riproduttivi che può ritenersi verificata la richiesta condizione dell'azione"<sup>7</sup> di rettificazione. Alcune recenti sentenze<sup>8</sup> hanno, però, deciso in favore del diritto delle persone di ottenere la variazione dei dati anagrafici dopo che siano stati intrapresi solo dei percorsi terapeutici di tipo ormonale per realizzare un adeguamento dell'aspetto fisico alla identità percepita, in assenza di interventi chirurgici di sterilizzazione. Secondo tali sentenze da un lato "dalla lettera della legge non si ricava immediatamente quali debbano essere i caratteri sessuali da modificare, potendosi ritenere sufficiente anche una modifica dei caratteri sessuali secondari"<sup>9</sup> dall'altro lato il trattamento medico-chirurgico andrebbe effettuato

4 La sentenza è pubblicata in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

5 [www.onig.it/drupal/?q=node/14](http://www.onig.it/drupal/?q=node/14), consultato il 22 marzo 2015.

6 Non è possibile avere dei dati precisi su questo punto. Da un lato, le coppie che fanno domanda solo per l'adozione nazionale non ricevono un *feed-back* da parte dei Tribunali per i minorenni e dall'altro lato frequentemente le coppie con coniuge transessuale vengono dissuase a fare domanda per l'adozione internazionale dalle associazioni autorizzate all'adozione, sottolineando il fatto che la legislazione dei Paesi di provenienza dei bambini adottabili è spesso assai restrittiva e transfobica. Per approfondimenti: J. Long, *Essere genitori transessuali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 7-8, pp. 236 ss. e E. Ruspini, S. Luciani, *Nuovi genitori*, Roma, Carocci, 2010.

7 Sentenza del Tribunale di Roma del 18 luglio 2014 n. 34525.

8 Sentenza del Tribunale di Roma dell'11 marzo 2011 n. 5896, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); sentenza del Tribunale di Roma del 18 ottobre 1997, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); sentenza del Tribunale di Siena del 12 giugno 2013 n. 412; sentenza del Tribunale di Rovereto del 2 maggio 2013, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); sentenza del Tribunale di Messina del 4 novembre 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); sentenza del Tribunale di Genova del 5 marzo 2015, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); sentenza della Corte d'appello di Napoli del 15 marzo 2015, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

9 Tribunale di Messina, sentenza del 4 novembre 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

solo quando risulti necessario per assicurare un equilibrio psico-fisico stabile della persona e pertanto non sarebbe assolutamente obbligatorio.

Il tribunale di Messina solleva poi un terzo elemento a favore della non obbligatorietà dell'intervento chirurgico. Il tribunale sostiene, infatti, che giustificare l'obbligo di intervento sulla base del fatto che in mancanza di sterilizzazione la persona potrebbe sospendere il trattamento ormonale e quindi riprendere la capacità procreativa non sia convincente, "poiché in tal modo viene effettuato un bilanciamento tra due interessi erroneamente posti sullo stesso piano: da un lato, l'interesse collettivo a una corrispondenza tra il corpo e il sesso anagrafico e, dall'altro lato, il diritto alla identità personale, così bilanciando, in assenza di una rigorosa indicazione legislativa, un diritto fondamentale della persona con un interesse collettivo privo di copertura costituzionale"<sup>10</sup>.

La recente ordinanza del Tribunale di Trento del 19 agosto 2014<sup>11</sup>, ha posto, poi un'ulteriore questione. Se dal "tenore letterale della norma, emerge inequivocabilmente che la rettificazione può aver luogo solo previa modificazione dei caratteri sessuali, per tali dovendosi necessariamente intendere i caratteri sessuali primari (vale a dire l'apparato genitale, in base all'esame del quale, al momento della nascita, si è soliti individuare il sesso della persona)" ne consegue che la norma imponga di fatto a coloro che vogliono modificare il proprio status sessuale e di genere il trattamento medico, sia esso ormonale o chirurgico. Tale obbligo "costituisce tuttavia una grave ed inammissibile limitazione al riconoscimento del diritto all'identità di genere (maschile o femminile). Infatti, il fine del raggiungimento dello stato di benessere psico-fisico della persona, al quale tende il riconoscimento sociale, è la rettificazione di attribuzione di sesso, e non la riassegnazione sessuale sul piano anatomico (dalla persona non sempre voluta)". Il tribunale di Trento nota infatti che "al fine di identificare una persona come femmina o maschio, non si procede ad un esame dei suoi organi genitali — atto che costituirebbe una grave intromissione nella vita privata della persona — bensì dei suoi documenti". Ad avviso di questo Tribunale, quindi, subordinare il diritto di scegliere la propria identità sessuale alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari finisce col pregiudicare irrimediabilmente l'esercizio del diritto stesso, vanificandolo integralmente.

Sempre secondo il tribunale di Trento la concezione, poi, per cui, al fine di vedersi riconosciuto il proprio diritto all'identità sessuale, una persona debba sottoporsi a trattamenti clinici invasivi, tali da mettere in pericolo la propria salute, confliggerebbe sia con l'art. 8 Cedu sia con l'art. 2 Cost., che tutelano il diritto ad avere riconosciuta la propria identità sessuale, sia con l'art. 32 Cost., che tutela il diritto all'autodeterminazione e a esprimere un libero consenso agli atti medici e chirurgici. Imporre al soggetto di sottoporsi ad un trattamento chirurgico o sanitario doloroso e pericoloso per la propria salute, equivarrebbe, quindi, a vanificare o rendere comunque eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto alla propria identità sessuale.

Da questo excursus della giurisprudenza sembrerebbe che l'obbligo di sterilità (ottenuto mediante intervento chirurgico ablativo delle gonadi o, come previsto da alcuni tribunali, mediante terapia ormonale) sia motivato da due differenti questioni, da un lato sarebbe riconducibile al fatto di tutelare i diritti dei figli generati da una persona FtM che pur avendo ottenuto la rettificazione anagrafica sia rimasta capace di portare avanti una gravidanza e di generare un figlio e dall'altro lato sarebbe riconducibile al mantenimento della certezza del diritto impedendo che si creino problemi relativamente all'attribuzione della maternità e della paternità. Il diritto, in pratica, non potrebbe gestire la situazione nella quale una persona giuridicamente uomo partorisca un figlio. Il problema da risolvere, infatti, è quello di come identificare all'interno dell'atto di nascita questa persona: come madre o come padre?

C'è da notare che una tale situazione non è possibile solo in via ipotetica. Negli Stati Uniti, in Canada<sup>12</sup>, Gran Bretagna<sup>13</sup> e più recentemente in Israele<sup>14</sup> e in Germania<sup>15</sup> vi sono state delle persone transessuali FtM che hanno dato alla luce dei figli. Le figure senza dubbio più famose sono quelle

10 *Ibidem*.

11 L'ordinanza è pubblicata in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

12 La notizia è riportata in molti mezzi di informazione, uno su tutti: <http://rhrealitycheck.org/article/2012/09/07/trans-father-rejected-as-leader-breastfeeding-support-and-advocacy-group/>, sito visitato il 3 marzo 2014.

13 La notizia è riportata in molti mezzi di informazione, uno su tutti: [www.news-medical.net/news/20120213/Transgender-man-falls-pregnant-and-becomes-a-natural-mother.aspx](http://www.news-medical.net/news/20120213/Transgender-man-falls-pregnant-and-becomes-a-natural-mother.aspx), sito visitato il 3 marzo 2014.

14 La notizia è riportata in molti mezzi di informazione, uno su tutti: [genderidentitywatch.com/2013/10/02/yuval-topper-erez-israel/](http://genderidentitywatch.com/2013/10/02/yuval-topper-erez-israel/); <http://www.jewsnews.co.il/2014/03/28/man-gives-birth-to-his-second-child-in-israel/>, siti visitati il 29 marzo 2014.

15 La notizia è riportata in molti mezzi di informazione, uno su tutti: [www.dailymail.co.uk/news/article-2416088/Transgender-German-man-Europe-baby-boy-following-home-birth.html](http://www.dailymail.co.uk/news/article-2416088/Transgender-German-man-Europe-baby-boy-following-home-birth.html), sito visitato il 3 marzo 2014.



dello statunitense Thomas Beatie<sup>16</sup>, la cui immagine di uomo “incinto” ha fatto il giro del mondo e ha suscitato senza dubbio un grandissimo clamore mediatico e sociale e del canadese Trevor MacDonald fotografato mentre allatta al seno il proprio figlio pur possedendo caratteristiche fisiche maschili, quali barba e baffi<sup>17</sup>.

Che sia necessario interrogarsi sia sotto il profilo giuridico sia su quello etico-sociale su tali pratiche genitoriali anche in Italia, sembra essere fuori dubbio. La questione, però, è che una tale riflessione dovrà essere impostata in modo scientifico, vale a dire sfrondando il tema dal pur comprensibile impatto emotivo ed emozionale, per ragionare sulle reali implicazioni etiche, sociali e giuridiche che tali pratiche comportano.

Sicuramente, la prima questione da affrontare deve essere quella relativa alla salute e al benessere psico-fisico dei bambini generati da persone FtM. C'è da domandarsi, cioè, se le terapie ormonali effettuate per far corrispondere l'aspetto fisico all'identità percepita e poi sospese per consentire una ripresa della fertilità siano potenzialmente dannose per il nascituro. La seconda questione riguarda il fatto se nascere da un genitore transgenere sia di per sé fonte di problemi psicologici, psichici e relazionali.

I tre figli del signor Beatie godono di buona salute e, senza dubbio, la casistica è ancora così numericamente contenuta da non poter consentire di effettuare valutazioni scientificamente valide sui possibili rischi sulla salute dei bambini<sup>18</sup>. Ciò che si deve sottolineare è non solo che al momento non ci sono prove che vi siano maggiori rischi per la salute dei bambini portati in grembo da un genitore che abbia effettuato delle terapie ormonali, ma anche che i medici che si stanno occupando delle gestazioni di queste persone, non sembrano nutrire preoccupazioni a riguardo<sup>19</sup>. Inoltre, la paura relativa ai rischi sulla prole viene sempre utilizzata per cercare di limitare tutte quelle pratiche generative che sollevano in una parte della popolazione delle implicazioni etiche e morali. Basti pensare al dibattito avvenuto in Italia relativamente alla procreazione medicalmente assistita. Allo stesso modo, non sarà sufficiente trovare dei casi di non perfetta salute psico-fisica dei bambini nati da persone FtM per sostenere che una tale pratica sia dannosa per la salute dei nascituri, ma sarà necessario mettere in relazione i danni con le terapie ormonali effettuate in precedenza dal genitore. Per quanto riguarda i rischi psicologici e relazionali che potrebbero insorgere nei bambini, questi dipendono sicuramente in larga misura anche dal contesto sociale e familiare in cui essi si troveranno a vivere. Un contesto discriminante e discriminatorio sarà sicuramente terreno fertile per far insorgere delle problematiche psicologiche. Al contrario un ambiente non discriminante consentirà ai bambini di vivere al meglio la relazione con i loro genitori, i loro parenti, i loro amici e anche con le istituzioni, senza essere oggetto di stigmatizzazione sociale.

Vi è poi un altro elemento da sottolineare, vale a dire il fatto che se anche vi fosse una percentuale di rischio accertato relativamente alla salute psico-fisica derivante dalle terapie ormonali, tale rischio esisterebbe indipendentemente dall'ottenimento della rettificazione anagrafica del sesso e del nome. Infatti, anche una persona di sesso anagrafico donna che abbia intrapreso un percorso di cura ormonale per adeguare il proprio corpo all'identità maschile percepita, senza tuttavia richiedere in Tribunale un adeguamento dei documenti di identità al proprio “nuovo” aspetto fisico, potrebbe smettere la terapia ormonale, ritornare a essere fertile e conseguentemente partorire un figlio pur avendo un aspetto mascolino.

L'interesse tutelato dalla norma (o dalla sua interpretazione), che richiede una condizione di sterilità accertata per poter ottenere la rettificazione del sesso anagrafico, non può essere, quindi, il benessere psico-fisico del minore, perché se fosse questo, la norma posta non sarebbe in grado di perseguirlo.

La seconda questione su cui, credo, sia necessario soffermarsi riguarda le opinioni sociali riguardo la genitorialità transessuale. Si può certamente affermare che, attualmente, sia inconcepibile per la realtà sociale italiana che possa verificarsi “un caso Beatie” all'interno dei nostri confini geografici. La società

16 Thomas Beatie ha raccontato la sua storia in un volume dal titolo, *Labor of love. The story of one man's extraordinary pregnancy*, Berkley, Seal Press, 2008. Per quanto riguarda le immagini, a titolo d'esempio cito solamente il sito: [www.mirror.co.uk/news/uk-news/worlds-first-pregnant-man-i-want-1296196](http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/worlds-first-pregnant-man-i-want-1296196), visitato il 3 marzo 2014.

17 Sia sufficiente citare il sito: [www.huffingtonpost.ca/2012/08/20/breastfeeding-group-rejection-\\_n\\_1811396.html](http://www.huffingtonpost.ca/2012/08/20/breastfeeding-group-rejection-_n_1811396.html), visitato il 3 marzo 2014.

18 Le notizie sulla salute dei bambini, si possono conoscere dal volume di T. Beatie già citato.

19 In nessun articolo in cui vengono intervistati i medici sul tema della gestazione e del parto delle persone che hanno effettuato terapie ormonali si mettono in evidenza i rischi per la salute dei nascituri. Tra i tanti: [www.telegraph.co.uk/news/health/news/9077506/Sex-change-British-man-gives-birth-to-son.html](http://www.telegraph.co.uk/news/health/news/9077506/Sex-change-British-man-gives-birth-to-son.html), e [www.rainbowhealthontario.ca](http://www.rainbowhealthontario.ca), visitato il 3 marzo 2014. Sul tema, anche: P. De Sutter, K. Kira, A. Vershoor, A. Hotmsky, *The desire to have children and the preservation of fertility in transsexual women*, in *International Journal of Transgenderism*, [www.iiav.nl/eazines/web/ijtv/97-03/numbers/symposium/ijtv06no0302.htm](http://www.iiav.nl/eazines/web/ijtv/97-03/numbers/symposium/ijtv06no0302.htm), 2002 e P. De Sutter, *Reproductive options for transpeople: Recommendations for revision of the WPATH's Standards of Care*, in *International Journal of Transgenderism*, 2009, 11(3), pp. 183 ss.

italiana non è sicuramente pronta a ridefinire i concetti di paternità e di maternità, ricomprendendovi anche la figura di un uomo gestante — e non è un caso che nel nostro Paese ancora non si sia verificata una situazione di questo tipo.

Ma in questo caso, credo si debba considerare la questione che, a suscitare clamore, sarebbe il fatto che una persona con aspetto maschile sia gravida e stia portando in grembo un bambino. Probabilmente poco importa alla collettività il fatto che una tale persona abbia anche un nome, un sesso e un genere anagrafico maschile: lo stesso clamore sarebbe generato dal fatto che a essere incinta fosse una persona anagraficamente donna, ma con un aspetto e un corpo riconoscibile come uomo. A suscitare le reazioni mediatiche sul parto del signor Beatie, infatti, sono stati il suo aspetto fisico e il suo dichiararsi maschio e non il fatto di essere stato riconosciuto dal diritto come avente un'identità maschile.

In una società come quella italiana, c'è poi da chiedersi se, allo stato attuale del sentimento e delle opinioni sociali in merito, è ragionevole aspettarsi che una persona possa intraprendere un percorso genitoriale di questo tipo. Non dobbiamo dimenticare il fatto che la realtà, le opinioni e le regole sociali indirizzano anche le nostre scelte e limitano le nostre opzioni ancora di più rispetto alle norme dell'ordinamento giuridico.

La terza questione su cui riflettere — punto che sembrerebbe non essere collegato direttamente al tema della genitorialità delle persone transgenere, ma che reputo essere fondamentale affinché le persone con una non "normale" identità di genere possano vivere e creare in modo non problematico anche relazioni affettive e genitoriali — è se sia necessario prevedere per legge che i dati anagrafici corrispondano il più possibile all'aspetto fisico delle persone. In altre parole, il diritto dovrebbe intervenire per modificare i documenti solo laddove il corpo sia già stato modificato e adeguato alla identità d'elezione.

Su questo punto, però, la maggior parte dei Tribunali italiani sembra non essere d'accordo. Infatti, è ormai prassi giurisprudenziale quella di non richiedere un adeguamento dei caratteri sessuali secondari come elemento necessario alla rettificazione anagrafica. E bisogna considerare che sono proprio i caratteri secondari quelli visibili nelle normali relazioni sociali e quelli in base ai quali, quindi, differenziamo le persone nelle categorie maschile e femminile. Se viene considerato come necessario il solo intervento di ablazione delle gonadi per ottenere l'autorizzazione al cambiamento di sesso anagrafico, ciò significa che le persone a cui sono stati asportati i "soli" testicoli possono essere identificate giuridicamente come donne e le persone a cui sono state asportate le "sole" ovaie possono essere giuridicamente identificate come uomini, indipendentemente dalla corrispondenza del loro corpo alla loro nuova identità anagrafica.

Sembrerebbe, infatti, ormai opinione diffusa che il sesso e il genere non possano essere definiti e definibili solo dalle caratteristiche sessuali e fisiche. L'identità sessuale e di genere è costituita non solo dai caratteri sessuali, ma anche da fattori psichici e psicologici che contribuiscono a formare l'immagine che ciascuno ha di se stesso e, conseguentemente, concorrono a definire le identità personali.

Da quanto detto sopra, si può, quindi, affermare che il bene tutelato dalla norma non è neppure la piena corrispondenza tra corpo e documenti anagrafici.

Da tutte queste considerazioni, ne consegue che il bene tutelato dalla norma giuridica italiana sia quello di mantenere la certezza del diritto relativamente alla definizione della maternità e conseguentemente della paternità al momento della nascita di un bambino. Infatti, l'unica differenza tra una persona gestante che abbia ottenuto la rettificazione anagrafica e venga quindi identificata con il genere maschile e una persona gestante che pur avendo un aspetto maschile non abbia richiesto la rettificazione anagrafica e quindi non sia riconosciuta dal diritto come maschio (anche se socialmente viene percepita come appartenente al genere maschile) consiste nella possibilità per quest'ultima di essere considerata legittimamente come madre. A dispetto del suo aspetto fisico, però! Al contrario, l'ordinamento giuridico italiano non è in grado di definire la relazione tra una persona FtM che abbia completato la transizione anche dal punto di vista anagrafico e il figlio da lei generato: è impossibile definirla come madre dal momento che ha un sesso maschile, ma allo stesso tempo è impossibile identificarla come padre. Il problema è del diritto: infatti, il contesto sociale e relazionale attribuirà la maternità o la paternità sulla base dell'aspetto fisico e dai ruoli di genere giocati e non sulla base dell'identità sessuale definita dai documenti anagrafici.

La domanda da porsi a questo punto è se sia legittimo comprimere il diritto fondamentale a non subire interventi che annullino la capacità riproduttiva, con la motivazione che l'attuale legislazione non consentirebbe il riconoscimento della relazione materna e di quella paterna.

### 3. Figli/e di genitori transgenere

Come abbiamo detto in precedenza, non si deve confondere la situazione nella quale i figli sono già nati nel momento della transizione del genitore, dalla situazione in cui i figli arrivano quando la transizione è già intrapresa se non addirittura conclusa. Nel primo caso, infatti, i figli si trovano a vivere direttamente la fase di transizione del genitore ed è facile comprendere come sia i genitori sia i figli debbano affrontare momenti delicati di ridefinizione della loro relazione.

Problemi differenti dovranno invece affrontare i figli delle persone già pubblicamente transitate al sesso opposto a quello attribuito alla nascita.

#### 3.1 Madri e padri in transizione

Sicuramente la transizione da un sesso all'altro da parte di un genitore non è un evento neutrale nella vita dei figli, ma le ricerche che si sono occupate dell'argomento hanno messo in evidenza il fatto che non esiste necessariamente un problema psicologico nei figli che vivono una transizione sessuale dei genitori<sup>20</sup> e soprattutto che i figli non corrono alcun rischio di avere a loro volta un disturbo dell'identità di genere<sup>21</sup>.

Come già detto, non vi sono ricerche sociologiche che si sono occupate di studiare le esperienze e le problematiche affrontate dai genitori che intraprendono una transizione sessuale e neppure di studiare i problemi dei figli che sono investiti da una tale circostanza. Possiamo quindi far riferimento solo a poche ricerche psicologiche, che questi temi hanno affrontato. Come si diceva in precedenza, tali ricerche riguardano per lo più il contesto nordamericano e soprattutto quello statunitense, ed essendo ricerche psicologiche, sono svolte indagando popolazioni numericamente molto piccole. Nonostante ciò, i dati ottenuti sono decisamente interessanti.

Il primo dato riguarda il fatto che la transizione sessuale di un genitore incide in modo differente all'interno delle relazioni familiari a seconda del contesto non solo familiare — intendendo in questo caso la famiglia allargata, comprendente i nonni, gli zii, i cugini, e via dicendo —, ma anche sociale — quali le relazioni amicali, la scuola, i luoghi di lavoro, il vicinato, e via dicendo (Pfeffer, 2012<sup>22</sup>).

Sicuramente, essendo il benessere psico-fisico delle persone e dei minori in particolar modo, legato alle relazioni familiari, se esiste un forte malessere e una cattiva gestione della socializzazione all'interno della famiglia lo stato di salute psico-fisica di un minore ne sarà condizionato. Ma la presenza di un genitore transessuale non rappresenta di per sé un fattore di rischio, se non “nella misura in cui è suscettibile di agire in maniera potente e pervasiva sulle dinamiche interattive e sull'assetto normativo del sistema familiare”<sup>23</sup>.

In quest'ottica, è sicuramente un fattore destabilizzante per il benessere del minore, l'allontanamento, non motivato da ragioni di incapacità all'esercizio della potestà genitoriale, del genitore transessuale o in transizione. Un altro fattore destabilizzante è il non dire, cioè, il non raccontare l'esperienza che stanno vivendo i genitori, dal momento che tali problemi non coinvolgono esclusivamente il genitore in transizione ma anche l'altro genitore e più in generale la famiglia nel suo complesso. Solo con il racconto il figlio può essere messo in grado di comprendere le motivazioni che stanno dietro alle modificazioni di tipo relazionale che intervengono all'interno dell'ambito familiare e più in generale del contesto sociale.

Una buona relazione tra genitore in transizione e figlio contribuisce a ridurre le eventuali difficoltà, ma anche una buona relazione tra entrambi i genitori e i figli e tra i genitori tra di loro è determinante. Le ricerche<sup>24</sup> dimostrano che le famiglie dove una transizione non comporta lo scioglimento del matrimonio, infatti, risultano quelle in cui i figli presentano minori problemi ad accettare la nuova identità sessuale del genitore. Lo stesso vale per quelle famiglie che, pur non reggendo alla transizione, si sciolgono

20 T. White, R. Ettner, *Disclosure, risks and protective factors for children whose parents are undergoing a gender transition*, The Haworth Medical Press, 2004 [www.haworthpress.com/weh/JGLP](http://www.haworthpress.com/weh/JGLP).

21 R. Green, *Parental alienation syndrome and the transsexual parent*, in *International Journal of Transgenderism*, 2006, pp. 9 ss.

22 C.A. Pfeffer, *Normative resistance and inventive pragmatism: negotiating structure and agency in transgender families*, in *Gender & Society*, 2012, 574-602.

23 S. Luciani, *Transizioni familiari. Transessualismo, genitorialità e tutela del minore*, [www.interattivamente.org/articoli-psicologia/articoli-psicologia-giuridica/transessualismo-genitorialita-tutela-minore.html](http://www.interattivamente.org/articoli-psicologia/articoli-psicologia-giuridica/transessualismo-genitorialita-tutela-minore.html), 2014.

24 T. White, R. Ettner, cit.; R. Green, cit.; C.A. Pfeffer, cit.; S. Luciani, cit.; H. von Doussa, J. Power, D., Riggs, *Imagining parenthood: the possibilities and experiences of parenthood among transgender people*, in *Culture, Health and Sexuality: an International Journal of Research, Intervention and Care*, [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13691058.2015.1042919?journalCode=tchs20#.VY-2IEa1iSA](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13691058.2015.1042919?journalCode=tchs20#.VY-2IEa1iSA), 2015

in modo non conflittuale consentendo la collaborazione genitoriale. In questo caso, i rischi sul benessere psico-fisico dei figli si riducono fino anche ad annullarsi completamente. Se al contrario i genitori non sono in grado di mantenere un minimo di relazione genitoriale, intraprendono delle dinamiche ostili, volte all'annullamento di ogni relazione, allora è assai probabile che il momento della transizione abbia un notevole impatto sui figli.

Da ciò ne consegue che il benessere psico-fisico dei figli non è direttamente messo a rischio dalla transizione di uno dei genitori, quanto dall'elevato stress e dalle tensioni che investono la sfera familiare e conseguentemente i figli, che della sfera familiare sono spesso i soggetti più deboli.

Un secondo dato riguarda la variabile dell'età dei figli.

Per i bambini sembra essere più semplice accettare la transizione del genitore, rispetto agli adolescenti. Sicuramente i bambini piccoli sono più in grado di accettare le trasformazioni delle persone, molte storie e favole, infatti, raccontano di personaggi che si trasformano non solo sotto il profilo morale, ma anche proprio sotto il profilo fisico, prendendo sembianze anche molto differenti dall'aspetto di partenza. Inoltre, per i bambini piccoli sono estremamente importanti le relazioni primarie e il ruolo giocato dagli amici non è così determinante per la crescita personale. Per gli adolescenti, al contrario, il ruolo giocato dalle relazioni amicali è senza dubbio rilevante e determinante per la costruzione della propria identità personale. Ne consegue che questi ultimi non solo debbano fare i conti con il cambiamento del genitore, ridefinendo e ricostruendo un rapporto che passa anche attraverso l'uso del linguaggio (posso continuare a chiamare mamma o papà delle persone che fisicamente non sono più identificabili in questo modo dalla società?)<sup>25</sup>, ma devono fare i conti anche con la loro identità personale, che vive un periodo difficile di ridefinizione. In aggiunta devono gestire le relazioni amicali ed è facile immaginare quanto possa essere difficile spiegare ai propri amici che un genitore ha cambiato il proprio sesso<sup>26</sup>.

A ciò deve aggiungersi il fatto che gli adolescenti sono più soggetti a fenomeni di stigmatizzazione e di discriminazione sociale da parte del proprio gruppo di pari rispetto ai bambini più piccoli. L'età dell'adolescenza è quella in cui si vivono le maggiori problematiche relativamente alla costruzione della propria identità ed è quella in cui si mettono in discussione i rapporti con i propri genitori e ci si ribella all'autorità genitoriale. È facilmente comprensibile, quindi, che la trasformazione sessuale di un genitore possa avere un forte impatto sulla vita già delicata di un adolescente.

Un terzo dato che emerge dalle ricerche riguarda la gestione dei ruoli familiari nelle famiglie con un genitore transgenere.

Si potrebbe pensare che le famiglie con un genitore transgenere abbiano difficoltà a socializzare i propri figli in base alle loro differenze di genere: se all'interno della famiglia non vi è una differenza nella suddivisione dei ruoli in base al genere dei genitori i figli potrebbero avere dei problemi di identificazione con il sesso di appartenenza.

Questo dato, però, non è confermato dalle ricerche fino ad oggi effettuate. Infatti se alcune ricerche (Ryan 2009, Ryan 2013<sup>27</sup>) mostrano come le famiglie in cui vi sia un genitore transgenere abbiano modificato gli stereotipi di genere e i ruoli familiari vengano assunti indipendentemente dal sesso e dal genere, altre ricerche (Dowing 2013<sup>28</sup>) hanno, però, evidenziato come alcuni genitori transgenere siano al contrario più attenti a rispettare gli stereotipi di genere e a creare relazioni normate in base al sesso e al genere. Ciò che emerge dalle ricerche, in ogni caso, è che a essere messi in discussione sono gli stereotipi di genere e non l'appartenenza sessuale. Le famiglie con un genitore transessuale sono semmai più attente delle famiglie "normali" a non impedire la piena realizzazione dell'identità sessuale e di genere dei loro componenti<sup>29</sup>.

25 L. Karaian, *Pregnant Men: Repronormativity, Critical Tran Theory and the Re(conceive)ing of Sex and Pregnancy*, in *Law, Social & Legal Studies*, 2013, vol. 22 (No. 2), p. 211-230; A.M Owens, *Father's Sex Change Does Not Alter Custody, Court Says: Girl, 6, Calls Mommy and Daddy; Cautious in Public*, in *The National Post*, 23 Marzo 2014, <http://search.proquest.com.myaccess.library.utoronto.ca/docview/329903587>

26 D. Freedman, F. Tasker, D. Di Ceglie, *Children and adolescents with transsexual parents referred to a specialist gender identity development service: A brief report on key developmental features*, in *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 2002, 7(3), pp. 423 ss.; R. Green, *Sexual identity of 37 children raised by homosexual or transsexual parents*, in *American Journal of Psychiatry*, 1978, pp. 692 ss.; R. Green, *Transsexuals children*, in *International Journal of Transgenderism*, [www.symposion.com/ijt/ijtc0601.htm](http://www.symposion.com/ijt/ijtc0601.htm), 1998; R. Green, *Parental alienation syndrome and the transsexual parent*, cit..

27 M. Ryan, *Beyon Thomas Beatie: trans men and the new parenthood*, in *Who's your daddy? And other writings on queer parenting*, Epstein R. (ed.), Toronto, Sumach press, 2009, pp. 139 ss.; M. Ryan, *The gender of pregnancy: masculine lesbians talk about reproduction*, in *Journal of Lesbian Studies*, 2013, vol. 17, issue 2, pp. 119 ss.

28 J.B. Dowling, *Transgender-parent families*, in A.A.V.V., *LGBT-Parent families*, New York, Springer Science, 2013, pp.167 ss.

29 T. White, R. Ettner, cit.; A. Church, D. O'Shea, J.V. Lucey, *Parent-child relationships in gender identity disorder*, in *Irish Journal of Medical Science*, 2004, 183, pp. 277 ss., E. Faccio, E. Bordin, *Genitori transessuali: un'indagine esplorativa*, in *Scienze dell'interazi-*



Un quarto elemento studiato riguarda la modificazione della relazione figlio/genitore transgenere.

Su questo punto, i dati mostrano come sia normale che il rapporto genitore/figlio rimanga inalterato rispetto alla modificazione del sesso del genitore. E così una persona MtF spiega come il proprio figlio la chiami papà e la descriva agli altri come “la sua papà”: il sesso del genitore cambia, ma il ruolo genitoriale resta immutato<sup>30</sup>.

In Italia, però, nonostante non ci siano prove scientifiche che il cambiamento di sesso del genitore possa essere lesivo dell'interesse del minore, non sempre è possibile mantenere la relazione genitore/figlio. Frequentemente, infatti, le perizie psicologiche richieste dai giudici per comprendere quale sia la capacità dei genitori di assolvere le funzioni di cura e di protezione del minore mettono in dubbio l'opportunità che il genitore transessuale mantenga ed eserciti una piena capacità genitoriale sostenendo da un lato il fatto che il minore non sia in grado di comprendere il cambiamento del genitore e dall'altro lato il fatto che il genitore transessuale non sia in grado di assolvere in modo adeguato il proprio ruolo materno o paterno<sup>31</sup>, in questo modo rafforzando un'idea stereotipata dei ruoli genitoriali e più in generale un'idea stereotipata della differenza di genere. Non bisogna dimenticare, infatti, che spesso il percorso di transizione è un momento complesso nella vita della persona sia sotto il profilo personale — è necessario ridefinire la propria identità e i propri ruoli di genere — sia sotto il profilo delle relazioni — è necessario ridefinire tutti i ruoli, gli status e le relazioni sociali. Transitare da un genere all'altro comporta necessariamente un grande stress psicologico, aumentato dai pregiudizi e dai processi di stigmatizzazione che le persone vivranno nella loro quotidianità. È assai probabile, quindi, che la persona transessuale abbia anche dei problemi relativamente alla sua ridefinizione all'interno del contesto familiare e genitoriale, problemi che però non potranno essere risolti dai Tribunali con sentenze<sup>32</sup> che vietino gli incontri tra genitore e figlio, ma da percorsi psicologici e psicoterapeutici volti a ricostruire le relazioni, anche attraverso percorsi di visita organizzati, facilitati e sostenuti dai servizi sociali, così come peraltro sostenuto anche dalle più recenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>33</sup> e da un recente decreto del Tribunale di Torino dell'11 maggio del 2015<sup>34</sup>. Soprattutto quest'ultimo provvedimento offre al dibattito in corso numerosi spunti. Innanzi tutto, il Tribunale rileva che il fatto di vivere una relazione con un genitore in transizione non è di per sé un'esperienza traumatica, sottolineando come “agli aspetti collegati alle problematiche di identità sessuale di un genitore non consegua automaticamente la preclusione all'affidamento condiviso dei figli, dovendosi, a tal fine, adottare soluzioni fondate sulla qualità del legame affettivo e sulle competenze genitoriali concretamente dimostrate”. In secondo luogo, il Tribunale non sottovaluta le problematiche che sono insite nell'esperienza del cambiamento di identità sessuale della persona che a questo cambiamento si sottopone e neppure sottovaluta i problemi che devono affrontare i suoi familiari, e tra questi *in primis* i figli, ritenendo necessario l'intervento dei servizi sociosanitari, chiamati non a giudicare l'idoneità genitoriale, ma a “seguire e sostenere la situazione, in particolare per quanto riguarda il supporto ai minori e al monitoraggio e sostegno in ordine ai rapporti padre-minori”.

Nonostante quanto emerge dalle ricerche, non possono essere sottovalutati infatti, i problemi sociali che tutte le persone coinvolte nella transizione vivono.

Il primo aspetto riguarda senza dubbio i fenomeni di transfobia e di discriminazione che i genitori transgenere e i loro figli subiscono da parte degli altri genitori, da parte dei compagni di scuola, da parte degli insegnanti, ma anche da parte delle istituzioni — le scuole, le associazioni sportive e ricreative, le amministrazioni pubbliche, ecc. — che dovrebbero al contrario garantire i diritti di tutti.

Questi problemi, però, a ben vedere dipendono da fattori discriminatori insiti nella nostra collettività. Non sono le persone transgenere a essere o a diventare cattivi genitori nel momento in cui effettuano la transizione da un sesso all'altro ma è la collettività che non riuscendo ad accettare e a comprendere crea discriminazione e conseguentemente può generare problemi psicologici e relazionali nei figli, nei/nelle compagni/e e nelle persone transgenere. Molte problematiche non esisterebbero senza la stigmatizzazione sociale nei confronti di chi prende decisioni relativamente al proprio sesso e al proprio genere non conformi alla normalità sociale.

one, 2009, 1, pp. 43 ss., E. Faccio, E. Bordin, S. Cipolletta, *Transsexual parenthood and new role assumptions*, in *Culture, Health, & Sexuality*, 2013, 15, pp. 1055 ss.

30 E. Faccio, E. Bordin, S. Cipolletta, cit.

31 S. Luciani, cit.; E. Ruspini, S. Luciani, cit.

32 Tribunale per i minorenni di Torino, decreto del 20 luglio 1982, in *Giurisprudenza italiana* 1982, I, 2,625.

33 Sentenza del 30 ottobre 2010 *P.V. contro Spagna* in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); sentenza *Salgueiro da Silva Mouta contro Portogallo* in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it);

34 Inedita.

C'è da considerare, poi, che se un genitore attuasce una transizione sessuale senza ricorrere a un intervento chirurgico di ablazione delle gonadi e conseguentemente senza richiedere la rettificazione sessuale, — vale a dire adottasse tutte le caratteristiche che socialmente fanno identificare una persona come uomo o come donna proprie del sesso di elezione (a esempio il modo di vestire, di atteggiarsi, di comunicare, di farsi chiamare, ecc.) senza però richiedere una legittimazione del suo nuovo status — potrebbe continuare sotto il profilo giuridico a mantenere immutati i rapporti genitoriali e di coppia.

Da quanto detto il fatto che il mutamento di sesso sia ritenuto un impedimento all'esercizio della genitorialità, sembra essere motivato più da posizioni culturali ed etiche che da reali motivazioni.

### 3.2 Nascere da corpi fluidi

Come abbiamo visto nei precedenti paragrafi è possibile che corpi percepiti e identificati socialmente con il genere maschile diventino corpi gestanti e generanti. In questo caso i figli che nascono non vivranno la situazione di transizione del proprio genitore e conseguentemente non saranno chiamati a ridefinire la propria relazione con lui. In qualche modo il percorso del genitore dal femminile al maschile<sup>35</sup> ha raggiunto una dimensione percepibile e percepita dall'esterno come definita sotto il profilo dell'identificazione di genere e conseguentemente i figli entreranno in relazione con un genitore con un'identità sessuale e di genere già fissata e riconosciuta.

In Italia, una procreazione di questo tipo sarebbe per legge possibile solo qualora la persona non abbia completato l'iter di rettificazione. Come si è visto, infatti, l'interpretazione prevalente dei nostri Tribunali consente la rettificazione anagrafica solo alle persone che si sono sottoposte a interventi chirurgici di sterilizzazione o a terapie ormonali che riducono le capacità riproduttive e che alla lunga rendono le persone infertili. Sotto il profilo sociale, però, nulla cambia se l'identità maschile della persona che partorisce, così come viene percepita, sia anche riconosciuta dai documenti anagrafici oppure no. A suscitare sgomento, shock, incomprensione sociale non è il fatto che una persona definita dai documenti come appartenente al genere maschile partorisca un figlio, ma semmai il fatto che una persona che ha sembianze, comportamenti, ruoli propri del genere maschile possa partorire.

Il problema se definire madre o padre il genitore FtM è un problema giuridico e non sociale. Per la società, una volta che il genitore abbia partorito sarà identificato con il ruolo genitoriale percepito socialmente e con l'identità di genere che manifesta. È solo il momento della gestazione e del parto a dare scandalo, non la costruzione dell'identità genitoriale e della relazione genitore/figlio.

Tanto più che le persone FtM che hanno partorito un figlio<sup>36</sup>, raccontano la loro scelta come un percorso derivante dal fatto di voler diventare genitore e non come un desiderio di maternità. Costoro non rivendicano il ruolo materno all'interno del percorso procreativo, ma il diritto a diventare genitore: alcuni identificandosi appieno con la figura e con il ruolo paterno, altri cercando di dare una nuova definizione e una nuova costruzione dei ruoli genitoriali non più in base al sesso e al genere.

I problemi che dovranno affrontare i figli nati da un genitore già FtM al momento della loro nascita non saranno interni alla relazione genitore/figlio, ma esterni. Nel momento in cui si instaura la relazione genitore/figlio, infatti, il percorso di autodefinizione della propria identità del genitore è già avviato e probabilmente, in relazione alla propria identità di genere, già concluso. Ciò non significa che una tale situazione non sia priva di problematicità. Innanzi tutto vi saranno dei problemi derivanti dall'esposizione mediatica, che renderanno possibili comportamenti discriminanti e stigmatizzanti da parte dei gruppi sociali più prossimi — dalle relazioni con i vicini di casa, con gli altri genitori e con gli educatori. Vi saranno anche dei problemi derivanti dall'incapacità del diritto a fornire tutele e a creare status di filiazione e di genitorialità legittime e certe, così da non consentire la piena tutela e il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di tutte le persone coinvolte e soprattutto dei minori, il cui diritto ad avere dei genitori responsabili per la loro vita e la loro educazione non è sufficientemente garantito. Come primo passo, il diritto dovrebbe intervenire per eliminare le discriminazioni sociali e per rendere possibile un pieno esercizio della genitorialità. Come secondo passo, il diritto dovrebbe ripensare le categorie della maternità e della paternità: indicare come madre una persona con caratteri fisici e psichici maschili,

35 Generare in modo "naturale" è possibile solo per le persone che transitano dal genere femminile al genere maschile. Viceversa la procreazione sarebbe possibile solo attraverso inseminazione artificiale della propria compagna o di una donna disposta a portare avanti un percorso di maternità surrogata.

36 J.F. Boylan, *She's not there: a life in two gender*, New York, Broadway Books, 2003; J.F. Boylan, *Stuck in the middle with you. Parenthood in three gender*, New York, Cown publisher, 2013; S. Hines, *Intimate transitions: transgender practices of partnering and parenting*, in *Sociology*, 2006, 40, pp. 353 ss; S.M. Ware, *Boldly going where few men have gone before: one trans man's experience*, in *Who's your daddy? And other writings on queer parenting*, R. Epstein (ed.), Toronto, Sumach press, pp.65 ss; K. Wiercxk, E. Van Caenegem, G. Pennings, et al., *Reproductive wish in transsexual men*, in *Human Reproduction*, 2012, 27(2), pp. 483 ss; T. Beatie cit.; E. Faccio, E. Bordin, S. Cipolletta, cit.

non è, a mio avviso, solo una violazione al pieno esercizio del diritto all'identità di questa persona, ma anche una violazione al diritto del minore ad avere un genitore certo anche sotto il profilo della sua identificazione giuridica e non solo sociale. Possiamo solo immaginare come possa sentirsi un minore quando andando a scuola scoprirà che suo papà viene indicato e interpellato dalla istituzione scolastica in qualità di sua mamma. Come terzo passo, il diritto dovrebbe intervenire a modificare le prassi delle amministrazioni e delle istituzioni burocratiche che al momento sono incapaci di prevedere formulari in cui alla dicitura "madre/padre" venga sostituita la dicitura, neutra rispetto al genere, di "genitore" o di "adulto con la responsabilità genitoriale". Quello che conta in una relazione genitore/figlio non è, infatti, il genere e il sesso delle persone, e neppure i rapporti di filiazione e di gestazione, ma la capacità dell'adulto di prendersi cura e di essere figura di riferimento per chi si considera come proprio figlio.

#### 4. Considerazioni conclusive

Al termine di questo scritto, ritengo necessario puntualizzare ulteriormente alcune considerazioni.

La prima riguarda la questione relativa al benessere psico-fisico dei bambini figli di persone transgenere. Nel 2013 l'*American Academy of Pediatrics* (Aap) ha pubblicato un documento in cui si afferma che il benessere dei bambini e delle bambine è influenzato dalla qualità delle relazioni con i genitori, dal senso di sicurezza e competenza di questi e dalla presenza di un sostegno sociale ed economico alle famiglie. Non è determinante per il benessere psico-fisico dei bambini avere un padre e una madre, ma avere dei genitori che si prendano cura di loro, che li sostengano, che li amino e che li rispettino. Anche l'*American Psychiatric Association*, la *British Psychological Society*, l'*Academy of Pediatrics* e l'Associazione Italiana di Psicologia mettono in evidenza il fatto che a essere importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare, e non importa se i genitori siano conviventi, separati, risposati, single, dello stesso sesso, ecc..

Essere nati da un uomo e da una donna non basta, infatti, per considerarsi e essere considerati figli, allo stesso tempo non basta generare un figlio per considerarsi e essere considerato genitore<sup>37</sup>.

La seconda riguarda il rapporto tra il diritto e la realtà sociale in mutamento. Quale fine si pone la norma che obbliga le persone che vogliono mutare sesso a diventare sterili o comunque infertili? Quello di impedire che anche in Italia si verifichino dei casi in cui un uomo arrivi a partorire un figlio? Quello di impedire a una persona transgenere di diventare genitore per salvaguardare l'interesse dei minori? Quello di ribadire, anche per legge, la suddivisione delle persone in base alle categorie rigide del maschile e del femminile? Per rispondere a questi interrogativi, è necessario ribadire alcuni concetti. Innanzi tutto le persone che pur non riconoscendosi nel sesso indicato anagraficamente non intraprendono un percorso di transizione privilegiando il loro desiderio di genitorialità, probabilmente giocheranno i loro ruoli di genere in modo differente da quelli tradizionali. In secondo luogo, la norma attuale non impedisce che possano esistere delle famiglie dove uno dei due genitori, pur non avendo intrapreso l'iter burocratico per ottenere la rettificazione del sesso, abbia l'aspetto esteriore, la percezione di sé, il modo di comportarsi e di porsi nei confronti delle persone che lo frequentano — e tra questi ovviamente il partner e i figli —, non omogeneo al genere indicato nei documenti. In terzo luogo, la norma non impedisce a una persona che abbia intrapreso una cura per modificare il proprio corpo di interromperla, generare un figlio e successivamente riprendere la cura ed eventualmente intraprendere l'iter per la rettificazione anagrafica.

La terza questione riguarda il fatto se la norma possa codificare o decodificare la realtà attraverso criteri orientati a definire come disfunzionalità, come patologia, come anormalità tutto ciò che devia dalla standardizzazione di un modello" (Taurino, 2012) e pertanto possa legittimamente cristallizzare un modello di famiglia e di genitorialità basato sulla eterosessualità. Personalmente non ritengo che all'ordinamento giuridico spetti il compito di definire quali situazioni e quali scelte di vita siano da considerarsi legittime e quali al contrario patologiche. Una tale visione paternalistica del diritto si scontrerebbe non solo con i mutamenti sociali in atto nel nostro Paese, ma anche con i principi costituzionalmente garantiti — con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 32 Cost. — del diritto all'autonomia nelle scelte relativamente alla propria identità sessuale e di genere, del diritto alla tutela della salute non solo fisica ma anche psicologica e relazionale, del diritto a esprimere il consenso informato nelle pratiche mediche,

37 T. White, R. Ettner, cit.

del diritto a formare una famiglia, del diritto dei minori a vivere in una famiglia legittima e non discriminata e del diritto a non essere discriminati sulla base della propria identità sessuale e di genere<sup>38</sup>.

Infine, rimane un'ultima domanda cruciale: il riconoscimento dei diritti è legato alla capacità della società di prevedere e di accettare nuove situazioni, oppure il diritto all'identità personale e quello al mantenimento della capacità procreativa sono diritti inviolabili che riguardano quindi tutti i cittadini indipendentemente dal loro sesso e dal loro riconoscersi come appartenenti a un unico genere? Se, come io credo, la risposta alla domanda è che anche il diritto alla capacità procreativa sia un diritto fondamentale<sup>39</sup>, allora prevedere la sterilizzazione obbligatoria per ottenere la rettificazione sessuale è da considerare come una grave violazione dei diritti personali<sup>40</sup>, come un trattamento inumano, degradante e crudele che non solo impedisce alle persone transgenere di formare una famiglia ma che viola anche il loro diritto alla vita privata e alla piena realizzazione personale. Non bisogna dimenticare, infatti, che la non corrispondenza tra l'identità di genere e quanto riportato nei documenti di identità non solo viola il diritto alla piena realizzazione della vita personale e della privacy, ma genera anche una forte discriminazione sia nell'accesso ai servizi sociali, sanitari e scolastici, sia in ambito lavorativo e ricreativo, violando di fatto i diritti economici, sociali e culturali delle persone. Subordinare la possibilità di modificare i propri documenti anagrafici all'aver effettuato un intervento di sterilizzazione mette, allora, le persone di fronte a una scelta ingiusta tra il diritto a raggiungere un'identità di genere riconosciuta dal diritto e dalle istituzioni e il diritto all'autonomia nelle decisioni che riguardano il proprio corpo, la propria identità e la propria vita affettiva.

- 
- 38 Per approfondire: M. Busoni, *Genere, sesso, cultura*, Roma, Carocci, 2000; T. White, R. Ettner, *Disclosure, risks and protective factors for children whose parents are undergoing a gender transition*, The Hawthorth Medical Press, 2004 [www.haworthpress.com/weh/JGLP](http://www.haworthpress.com/weh/JGLP); R. Dameno, cit.; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013; M. Molo, C. Crespi, A. La Noce, V. Mineccia *Il costo del transessualismo: la rinuncia alla procreazione*, in *Rivista di sessuologia clinica*, 2011, 2, pp. 65 ss; C. Rinaldi, *De-gener(azioni): riflessioni per una sociologia del transgenderismo*, in *Omosapiens.2. Spazi e identità queer*, S. Antosa (a cura di), Roma, Carocci, 2007, pp. 127 ss.; S. Whittle, *Respect and equality. Transsexual and transgender rights*, London, Cavendish, 2002.
- 39 La scelta di formare una famiglia, che include anche la scelta di avere dei figli, viene considerato un diritto fondamentale rispondente all'interesse pubblico così come riconosciuto dagli artt. 2, 29, 31 della Costituzione, dalla stessa Corte Costituzionale che nella sentenza n. 162 del 2014 afferma che "la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale."
- 40 T.F. Murphy, *The Ethics of Fertility Preservation in Transgender Body Modifications*, in *Bioethical Inquiry*, 2012, 9, pp. 311 ss.; Amnesty International, *The State decides who I am*, gennaio 2014, [https://www.es.amnesty.org/uploads/media/The\\_state\\_decide\\_who\\_I\\_am\\_Febrero\\_2014.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/The_state_decide_who_I_am_Febrero_2014.pdf)



Elena Falletti\*

## La situazione giuridica dei minori affetti da Organizzazione Atipica dell'Identità di Genere (A.G.I.O.)

### Sommario

1. L'Organizzazione Atipica dell'Identità di Genere – 2. L'assistenza e il trattamento dei minori sofferenti A.G.I.O. – 3. Le questioni giuridiche emergenti in materia: il consenso al trattamento – 4. Il trattamento di A.G.I.O. nell'esperienza internazionale e comparata

### Abstract

L'articolo si focalizza sulla situazione medico-giuridica dei soggetti affetti da organizzazione atipica dell'identità di genere (A.G.I.O.), definizione appropriata per i minorenni che presentano una disforia di genere. Dopo aver analizzato quali siano i parametri identificativi della A.G.I.O., il trattamento ormonale bloccante la pubertà, si verificano quali siano i percorsi giuridici di tutela nell'ordinamento italiano e, sinteticamente, in quello comparato, focalizzandosi sulle esperienze australiana e statunitense.

*This paper is focused on the medical and legal situation of minors suffering Atypical Gender Identity Organization (A.G.I.O.). The paper is organized as follow: it analyzes the DSM-5's criteria for gender identity disorder, then it analyzes the puberty hormone-blocking treatment, finally it explores the legal framework on this issue in comparative law.*

\* Ricercatore confermato in diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo-LIUC di Castellanza, Varese. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

## 1. L'Organizzazione Atipica dell'Identità di Genere

Recentemente diverse fonti giornalistiche<sup>1</sup> hanno riportato con una certa enfasi che bambini in età adirittura prepuberale sono sottoposti a trattamento ormonale per rallentare la comparsa della pubertà al fine di "scegliere" quale sia il loro sesso<sup>2</sup> o orientamento sessuale<sup>3</sup>. Siffatte fonti però non specificano che esistono individui con la sensazione precoce, relativa alla sfera profonda della percezione di sé<sup>4</sup>, di appartenere al sesso opposto, nonostante l'assoluta normalità sul piano biologico. Secondo la letteratura medica si tratta di soggetti affetti da "Organizzazione atipica dell'identità di genere" (A. G. I. O.)<sup>5</sup>. Si tratta di un disturbo che si presenta fin dalla prima infanzia quando, i bambini, anche in età molto precoce<sup>6</sup>, evidenziano comportamenti definibili "cross sex" che necessitano di essere compresi e "aiutati nella maturazione della propria identità di genere"<sup>7</sup>. Il DSM 5 prevede criteri differenti per la diagnosi di disforia di genere nei bambini rispetto a quella degli adolescenti e negli adulti<sup>8</sup>. Per quel che riguarda i bambini tali criteri concernono una incongruenza marcata tra il genere esperito/espresso e quello assegnato, di una durata di almeno 6 mesi. Tale incongruenza si manifesta con la presenza di almeno 6 dei seguenti criteri (uno dei quali deve essere il Criterio A1):

- Criterio A: 1. un forte desiderio di essere dell'altro genere o un'insistenza di essere dell'altro genere (o di qualche genere alternativo diverso da quello assegnato); 2. nei ragazzi (di genere assegnato), una forte preferenza per il *cross-dressing* o per il simulare un abbigliamento femminile, nelle ragazze (di genere assegnato), una forte preferenza per indossare solo abiti tipici maschili e una forte resistenza all'uso di un abbigliamento tipicamente femminile; 3. una forte preferenza per i ruoli *cross-gender* nelle finzioni o nei giochi di fantasia; 4. una forte preferenza per i giocattoli, i giochi o le attività che in base agli stereotipi sono utilizzate o svolte dall'altro genere; 5. una forte preferenza per i compagni di gioco dell'altro genere; 6. nei ragazzi (di genere assegnato), un forte rifiuto di giocattoli, giochi e attività tipicamente maschili e una forte avversione per i giochi violenti, nelle ragazze, un forte rifiuto di giocattoli, giochi e attività tipicamente femminili; 7. una forte avversione per la propria anatomia sessuale; 8. un forte desiderio per i caratteri sessuali primari e/o secondari che corrispondono al genere sperimentato.

- Criterio B: La condizione è associata a un disagio clinicamente significativo o a una menomazione nel funzionamento sociale.

Negli adolescenti e negli adulti, invece deve essere diagnosticata un'incongruenza marcata tra il genere esperito/espresso e quello assegnato, di una durata di almeno 6 mesi, come manifestato da almeno due dei seguenti elementi:

- Criterio A: 1. una marcata incongruenza tra il genere esperito/espresso e quello assegnato e i caratteri sessuali primari e/o secondari (o, nei giovani adolescenti, i caratteri sessuali secondari previsti); 2. un forte desiderio di liberarsi dei caratteri sessuali primari e/o secondari a causa di una marcata incongruenza con il genere esperito/espresso e quello assegnato (o, nei giovani adolescenti, il desiderio di prevenire lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari previsti); 3. un forte desiderio per i caratteri sessuali primari e/o secondari dell'altro genere; 4. un forte desiderio di essere dell'altro genere (o di qualche genere alternativo diverso dal genere assegnato); 5. un forte desiderio di essere trattato come uno dell'altro genere (o di qualche genere alternativo diverso da quello assegnato); 6. una forte convin-

- 
- 1 A questo proposito, per esempio, si segnalano in lingua inglese: E. Day, *Transgender kids: 'Everyone was calling me Sebastian, but I knew I was a girl'*, in *The Guardian*, 5 Aprile 2015; J. Leake, *NHS helps children choose their sex*, in *The Sunday Times*, 17 Novembre 2013; H. Devlin, *Children aged 9 with gender issues can delay puberty*, in *The Times*, 19 Maggio 2014. Mentre, in lingua italiana: E. Tebano, *Nella clinica olandese dove si «sospende», la pubertà degli adolescenti transgender*, in *La 27esima Ora*, Corriere.it, 25 Febbraio 2015; C. Lalli, *Tutti pazzi per il gender*, in *Internazionale*, 31 marzo 2015.
  - 2 B. Frigerio, *Arriva in Italia il trattamento ormonale per cambiare sesso ai bambini. «Delirio di onnipotenza»*, 24 ottobre 2013, <http://www.tempi.it/arriva-anche-in-italia-il-trattamento-ormonale-per-cambiare-sesso-ai-bambini#.VXFLHKZ0pcw>.
  - 3 O. Vetri, *Sospendere la pubertà per scegliere l'orientamento sessuale*, in *Famiglia Cristiana*, 25 febbraio 2015, <http://www.famiglia-cristiana.it/articolo/olanda-fermare-la-puberta-per-scegliere-l-orientamento-sessuale.aspx>.
  - 4 E. Schneider, *An insight into respect for the rights of trans and intersex children in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2013, p.7.
  - 5 A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, Milano, FrancoAngeli, 2013, p. 49 n. 2; C. Manieri, S. Einaudi, *Orientamento sessuale e disturbi dell'identità di genere in epoca adolescenziale*, 2014, inedito, per gentile concessione dell'autrice.
  - 6 E. Skougard, *The Best Interests of Transgender Children*, in *Utah Law Review*, 2011, p. 1165.
  - 7 C. Manieri, *Assistenza a soggetti in età evolutiva con "Organizzazione Atipica dell'identità di Genere" (AGIO)*, 2014, inedito, per gentile concessione dell'autrice, p. 2.
  - 8 C. Manieri, *La Disforia di Genere: aspetti psico-endocrini*, 2015, inedito, per gentile concessione dell'autrice.

zione che di avere sentimenti e reazioni tipiche dell'altro genere (o di qualche genere alternativo diverso da quello assegnato);

B. La condizione è associata a un disagio clinicamente significativo o ad una menomazione nel funzionamento sociale, lavorativo o di altre aree importanti<sup>9</sup>. Siffatta condizione è associata ad una significativa sofferenza o disturbo nell'area sociale, scolastica o in altre aree del funzionamento o ad un aumentato rischio di reattività negative o disabilità. Essa può essere isolata o concomitare con un "Disturbo della Differenziazione Sessuale"<sup>10</sup>.

A questo proposito, è stato evidenziato che la varianza dell'identità di genere può essere definita quale lo stato in cui l'identità di genere è organizzata atipicamente durante il periodo dello sviluppo psicosessuale di un bambino o minore<sup>11</sup>. Si tratta dei casi in cui bambini e adolescenti percepiscono la loro identità sessuale come non adeguata al loro corpo e, di conseguenza, il loro sesso biologico. Essi possono sentirsi infelici riguardo le loro caratteristiche fisiche e funzioni sessuali e esprimono un desiderio di essere riconosciuti come appartenenti all'altro genere. Essi preferiscono i vestiti, giocattoli e giochi comunemente associati con l'altro genere così come le amicizie tra persone dell'altro genere. Siffatte situazioni sono accompagnate da difficoltà sia sotto il profilo emozionale sia comportamentale con rilevante sofferenza associata alle loro condizioni<sup>12</sup>.

Nell'esame di una casistica italiana pubblicata di recente, e relativa alle strutture dei disturbi dell'identità di genere di Firenze, Bologna, Torino e L'Aquila, è emerso che "il 67% dei soggetti *Female-To-Male* (FtM) intervistati riferivano la comparsa della disforia di genere prima dei 7 anni, mentre rispettivamente il 19%, il 13% e l'1% la evidenziavano tra gli 8 e gli 11, oppure tra i 12 ed i 19 anni oppure solo in età adulta. Tra le *Male-to-Female* (MtF), invece, il 45% riferivano la comparsa della disforia di genere prima dei 7 anni, mentre rispettivamente il 21%, il 30% ed il 4% la manifestavano tra gli 8-11 anni, tra i 12 ed i 19 o solo in età adulta"<sup>13</sup>.

## 2. L'assistenza e il trattamento dei minori sofferenti A.G.I.O.

I centri che, attualmente, hanno maturato, nel mondo, la maggiore esperienza circa la gestione di questi soggetti sono: Amsterdam (già coordinato dalla Prof. Peggy Kettenis), Londra (già coordinato dal Prof. Di Ceglie, ora da P. Carmichael) e Toronto (coordinato dal Prof. Zucker). Le ricerche scientifiche di questi centri sono concordi nell'indicare il supporto psicologico per i ragazzi con A.G.I.O. e per le famiglie come indispensabile per garantire uno spazio di rielaborazione e comprensione dell'esperienza di genere variante e per un inserimento di questa nel contesto socio-familiare che favorisca una evoluzione egosintonica. Tali risultati sono stati confermati da uno studio internazionale di recente pubblicazione da parte degli studiosi olandesi, che per primi hanno applicato la sospensione ormonale della pubertà per un lungo periodo di tempo<sup>14</sup>.

Le esperienze a tutt'oggi maturate, evidenziano inoltre che circa 1/3 di tali ragazzi manterrà un vissuto di disforia di genere che si svilupperà nella richiesta di adeguamento medico-chirurgico, mentre gli altri 2/3 supereranno completamente la disforia al momento dello sviluppo puberale, percependo

9 American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, V, 2013. Una classificazione alternativa è contenuta in *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)-2015-WHO Version for 2015*, che qualifica tale disturbo come "A disorder, usually first manifest during early childhood (and always well before puberty), characterized by a persistent and intense distress about assigned sex, together with a desire to be (or insistence that one is) of the other sex. There is a persistent preoccupation with the dress and activities of the opposite sex and repudiation of the individual's own sex. The diagnosis requires a profound disturbance of the normal gender identity; mere tomboyishness in girls or girlish behaviour in boys is not sufficient", consultato su <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2015/en#/F64.2>.

10 C. Manieri, S. Einaudi, *id.*

11 P. Valerio, I. Parisi, F. Santamaria, *Puberty Blocking During Developmental Years: Issues and Dilemmas for Gender-Variant Adolescents, Bioethical Issues*, by the Interuniversity Center for Bioethics Research, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 144.

12 P. Valerio, I. Parisi, F. Santamaria, *Puberty Blocking*, *id.*

13 A.D. Fisher, E. Bandini, H. Casale, N. Ferruccio, M.C., Meriggiola, A. Gualerzi, C. Manieri, E. Jannini, E. Mannucci, M. Monami, N. Stomaci, A. Delle Rose, T. Susini, V. Ricca, M. Maggi, *Sociodemographic and clinical features of gender identity disorder: an Italian multicentric evaluation*, in *The Journal of Sexual Medicine*, 2013, pp. 408-419.

14 A.L.C. de Vries, J.K. McGuire, T.D. Steensma, E.C.F. Wagenaar, T.A.H. Doreleijers, P.T. Cohen-Kettenis, *Young Adult Psychological Outcome After Puberty Suppression and Gender Reassignment*, *Pediatrics*, 2014, pp. 696-704, <http://pediatrics.aappublications.org/content/134/4/696>

l'identità conforme al proprio sesso biologico. In età adulta una metà di questi ultimi avrà un orientamento eterosessuale e l'altra metà evolverà verso un orientamento omosessuale<sup>15</sup>.

In rari casi, dopo approfondita valutazione psicologica, la letteratura internazionale prevede la possibilità di effettuare un trattamento di blocco puberale e di successiva "cross sex puberty". Questi sono i casi in cui si ritiene opportuno un tempo maggiore per operare la scelta circa un eventuale trattamento farmacologico in accordo alle linee di consenso emanate dall'Endocrine Society nel 2009 e ratificate dal WPATH (World Professional Association for Transgender Health) nel 2011. I criteri per trattare questi ragazzi sono stati ben determinati nel DSM V TR che recita: "i soggetti che abbiano iniziato lo sviluppo puberale (almeno allo stadio II-III di Tanner); che siano in grado di comprendere in modo esauriente il significato del trattamento medesimo e siano ben supportati nel proprio ambiente familiare e sociale in merito". Detti soggetti incrementano la loro disforia di genere con i primi segni puberali; non manifestano comorbidità psichiatriche; avranno adeguato supporto psicologico e sociale durante il trattamento; dimostrano di conoscere e comprendere i risultati e i rischi del trattamento con GnRHA, del trattamento ormonale "cross-sex" e dello specifico trattamento chirurgico, i rischi ed i benefici sociali del riassegnamento di sesso<sup>16</sup>.

Tale trattamento comprende una somministrazione mensile di GnRHA, il quale blocca la produzione degli ormoni puberali a partire da un minimo di stadio di Tanner II-III, generalmente intorno ai 12 anni, e solo dopo i 16 anni di età la somministrazione di estradiolo in dosi crescenti alle MtF nonché di testosterone ai FtM, sempre in contemporanea alla psicoterapia di sostegno, e controllando i parametri ormonali, clinici ed ematochimici generali ogni 3-4 mesi<sup>17</sup>.

Nella prima fase si tratta di trattamenti completamente reversibili, nella seconda fase solo parzialmente reversibili. Tali trattamenti sono da effettuarsi sempre con il sostegno psicologico e sociale in presenza di una famiglia "sostenente"<sup>18</sup>.

Questo tipo di terapie persegue obiettivi specifici, ovvero:

- "fornire più tempo ai professionisti e ai ragazzi per capire meglio cosa fare senza l'assillo dello sviluppo dei caratteri sessuali del sesso biologico, permettendo un approfondito investimento psicoterapico individuale e familiare;

- Impedire che i caratteri sessuali del sesso biologico si sviluppino al punto da risultare poi di difficile gestione e quindi disturbanti per l'inserimento sociale "cross";

- Poter vivere nel ruolo desiderato permettendo l'inserimento sociale dell'adolescente in modo più fluido così da prevenire il rischio di ritiro sociale e scolastico molto diffuso tra questi soggetti"<sup>19</sup>.

Tuttavia, la letteratura medica specializzata non nasconde timori e problematiche che possono scaturire dal sottoporsi a tali terapie, in particolare l'errore diagnostico in un periodo "fluido" come quello adolescenziale, l'interferenza con lo sviluppo puberale attraverso la creazione di condizioni anomale sul piano della maturazione celebrale ed endocrino correlata, in particolare sull'accrescimento strutturale e sulla densità ossea, non ottenere la manifestazione di un consenso informato sufficientemente responsabile, incontrare difficoltà nella gestione della futura fertilità da parte del paziente<sup>20</sup>.

Per quel che concerne le esperienze consolidate riportate in letteratura se ne deduce che le terapie ormonali bloccanti la pubertà in età evolutiva a base di GnRHA rappresentano il "gold standard"<sup>21</sup>.

15 C. Manieri, *Assistenza a soggetti in età evolutiva*, id.

16 C. Manieri, S. Einaudi, id.

17 C. Manieri, S. Einaudi, id.

18 C. Manieri, S. Einaudi, id.

19 C. Manieri, S. Einaudi, id.; I. Wilson, C. Griffin, B. Wren, *The interaction between young people with atypical gender identity organization and their peers*, in *Journal of health psychology*, 2005 May;10(3), pp. 307-15.

20 C. Manieri, S. Einaudi, id.; S. Giordano, *Ethics of Management of Gender Atypical Organization in Children and Adolescents*, in *International Library of Ethics, Law, and the New Medicine* Volume 42, 2008, Dordrecht, Springer Netherlands, p. 258 ss.; D. A. Perkiss, *Boy or Girl: Who Gets To Decide? Gender-Nonconforming Children in Child Custody Cases*, in *Hastings Women's Law Journal*, 2014, pp. 64 ss.

21 C. Manieri, S. Einaudi, id. Le autrici sottolineano l'esistenza di indicazioni cliniche per l'utilizzo di analoghi del GnRH in casi quali tumore prostatico; tumore mammario; pubertà precoce; endometriosi; fibromi uterini; sindrome dell'ovaio policistico; iperandrogenismo ovarico gonadotropino-dipendente; menorragia, dismenorrea, sindrome premestruale; soppressione delle gonadotropine endogene per l'induzione dell'ovulazione nel trattamento dell'infertilità e per pma; iperplasia prostatica benigna - k prostata in progressione; contraccezione femminile e maschile; protezione delle gonadi dai danni inferti dalla chemioterapia.



### 3. Le questioni giuridiche emergenti in materia: il consenso al trattamento

La condizione dei minori affetti dall'Organizzazione atipica dell'identità di genere coinvolge in modo diretto il rapporto fra scelte genitoriali e tutela del preminente *best interest* del minore, prima di tutto il suo benessere psico-fisico. Dall'esperienza medica si apprende che la disforia di genere può essere primaria, quando appare in età infantile ovvero adolescenziale, o secondaria: manifestata successivamente, durante l'età adulta. Il vero transessuale è colui che da bambino è cresciuto con la consapevolezza di essere nel sesso diverso da quello biologico. Durante l'infanzia l'A.G.I.O. non causa alterazioni fisiche<sup>22</sup> e l'identità sessuale individuale viene manifestata attraverso il gioco, infatti i bambini percepiscono molto presto la loro identità, identificandosi come maschi o femmine in via indipendente dal sesso loro attribuito dalla nascita<sup>23</sup>, disinteressandosi delle implicazioni sociali, ambientali o familiari poiché, fino a che non si presenta la pubertà, l'ambiente sociale consente al minore di manifestare le proprie inclinazioni giocando.

È necessario creare un ambiente protettivo intorno ai minori cosicché siano in grado di manifestare se stessi. Durante tale periodo è relevantissimo il ruolo di sostegno, osservazione e protezione dei genitori, fino a che, con la pubertà, con lo sviluppo ormonale il sesso biologico inevitabilmente sopravanza sulla rappresentazione ludica.

Vi sono, comunque, casi in cui il minore che manifesti una "deviazione" dal comportamento di genere socialmente accettato e stereotipato può venire sottoposto a numerose forme di pressioni sociali ovvero di "correzioni", ad esempio rimproveri orali, punizioni, abusi psichici o fisici che possono essere realizzati da genitori, membri della famiglia, compagni di scuola, educatori, sanitari o estranei, anche in pubblico, che portano molti autori a sostenere che i minori transessuali non siano al sicuro. Anche se vi è poca letteratura scientifica sul punto in ambito europeo, gli studi concentrati sull'esperienza dei minori sofferenti A.G.I.O., seppur rari, confermano che siffatti meccanismi esistono e hanno un significativo impatto tanto sui minori interessati quanto sulle loro famiglie<sup>24</sup>.

Per quel che concerne il trattamento terapeutico, il transessualismo del minore viene trattato da esperti in materia di sviluppo della persona sotto il profilo personologico e psicosessuale, come psicologi e psichiatri, per capire in quale contesto si è manifestata la DSM 5. Tale percorso inizia con l'approfondimento psicologico attraverso incontri bi- ovvero trisettimanali lungo un periodo di sei mesi, mentre dell'aspetto personologico sull'identità di genere si occupa il supporto psichiatrico nell'arco di almeno tre incontri durante lo stesso periodo. Lo psichiatra deve escludere che nel caso del paziente esaminato, che deve essere un transessuale primario, si confonda la disforia di genere con altra psicopatologia o disturbo dell'identità<sup>25</sup>, ovvero rappresenti le controindicazioni al trattamento che possono essere tanto di natura fisica quanto di natura psichiatrica. Infatti, anche il medico, un endocrinologo, ha visitato il paziente almeno due volte, stendendo l'anamnesi della persona che deve essere in buona salute, considerato che esistono problematiche mediche, soprattutto obesità e patologie affini, che controindicano l'espletamento del trattamento ormonale. Si tratta di un lavoro di équipe basato sul confronto tra psicologi e medici, seppure i medici non sono vincolati e devono aderire al percorso, l'idoneità del paziente al percorso viene confermata dallo psicologo.

In questo ambito, giuridicamente, assume grande rilevanza la protezione del *best interest* del minore soprattutto in relazione alla manifestazione del consenso alla somministrazione della terapia ormonale. Va considerato che in ambito psichiatrico la A.G.I.O. è ancora considerata una patologia mentale, mentre in dottrina vi è chi, condivisibilmente, afferma che si tratta di una convenzione medica lesiva del

22 S. Giordano, *id.* p. 253. Questa autrice tuttavia sottolinea che in casi particolari l'A.G.I.O. possa manifestarsi in concomitanza di altre condizioni, genetiche o fisiche, che possono alterare lo sviluppo del minore e che possono provocare incertezza. In ogni caso, i pazienti sofferenti di A.G.I.O. sono caratterizzati dalla manifestazione dell'incongruenza tra il loro sesso biologico e l'appartenenza di genere.

23 K.R. Olson, A.C. Key, N.R. Eaton, *Gender Cognition in Transgender Children*, in *Psychological Science*, Aprile 2015, vol. 26 no. 4 pp. 467-474.

24 E. Schneider, *id.*

25 A. Prunas, D. Hartmann, M. Bini, *Disforia di genere e diffusione dell'identità: quale relazione?* In R. Vitelli, P. Fazzari, N. Rainone, M. F. Freda, XV Congresso nazionale della sezione di psicologia clinica e dinamica, Napoli, 27-29 settembre 2013, Napoli, Fridericiana Editrice Universitaria, 2013, p. 106; P. Meyenburg, *Gender dysphoria in adolescents: difficulties in treatment*, in *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie*. 2014; 63(6), pp. 510-22.

principio personalistico dell'autodeterminazione<sup>26</sup>. Altri si chiedono se sia necessario il solo consenso genitoriale ovvero sia necessaria anche un'autorizzazione giudiziaria all'inizio della cura ormonale. La formulazione del nuovo art. 315 bis c.c.<sup>27</sup>, al terzo comma, stabilisce che "Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano". Pertanto, l'ascolto del minore sembra essere imprescindibile laddove è in discussione il trattamento della sua affezione: se l'ambiente familiare che lo circonda sostiene la scelta del minore si procede al percorso terapeutico; qualora i genitori siano in contrasto tra loro, ovvero con il minore, si richiede l'intervento del giudice tutelare, specie se vi è l'urgenza della tutela della vita, come nei casi in cui il minore sia in pericolo di morte ovvero minacci il suicidio<sup>28</sup>.

In giurisprudenza, il Tribunale di Roma ha autorizzato un minore all'intervento di cambiamento di sesso affermando che: "il diritto all'effettiva identità sessuale costituisce chiara specificazione del più ampio diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost.. Tale diritto non è più da intendersi circoscritto alla sola integrità fisica, ma riguarda anche il benessere psichico e relazionale in genere. L'intervento di riattribuzione chirurgica del sesso è un trattamento sanitario volto al raggiungimento dell'integrità psicofisica con la conseguenza, dunque, che quando esso deve essere espletato su un minore, vige il principio della rappresentanza dei genitori. La richiesta di autorizzazione ha natura di atto complesso, espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore. Rispetto al minore dovrà essere considerata l'età e il grado di maturità intellettuale oltre che l'esigenza di tutela della sua personalità"<sup>29</sup>.

#### 4. Il trattamento di A.G.I.O. nell'esperienza internazionale e comparata

Le specifiche fonti internazionali che si occupano di *gender issues*, come "I Principi di Yogyakarta per l'applicazione delle leggi internazionali sui diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e identità di genere"<sup>30</sup>, fonte di *soft law* in materia di tutela dei diritti delle persone LGBTIQ, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo<sup>31</sup>, che invece è stata recepita in una fonte di *hard law*, cioè la L. 27 maggio 1991, n. 176.

Per quanto concerne i Principi di Yogyakarta l'articolo 3 pare essere di interesse in questa sede: esso è rubricato "il diritto di riconoscimento di fronte alla legge" e stabilisce che "*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. Persons of diverse sexual orientations and gender identities shall enjoy legal capacity in all aspects of life. Each person's self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom. No one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person's gender identity. No one shall be subjected to pressure to conceal, suppress or deny their sexual orientation or gender identity*"<sup>32</sup>. Dalla lettura del testo non

26 A. Lorenzetti, *id.*, p. 31.

27 Articolo aggiunto dall'art. 1, comma 8, L. 10 dicembre 2012, n. 219. In dottrina, R. Pesce, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, p. 242; F. Tommaseo, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, *Id.*, 2015, 2, p. 157; P. Virgadamo, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, p. 1656; C. Ricco, *Il diritto del figlio e di ogni minore di ascolto nelle procedure e la funzione riparativa del buon ascolto*, in *Minori Giustizia*, 2014, p. 51; V. Di Gregorio, *L'ascolto: da strumento giudiziale a diritto del minore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 11.

28 E. Schneider, *id.*, p. 9, §30; p. 11, § 36 ss.

29 Tribunale di Roma Sez. I, 11 marzo 2011, massima reperibile in *Articolo29* [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). In dottrina, M. G. Ruvo, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, p. 499.

30 Tali principi sono stati adottati nell'ambito di un congresso internazionale tenutosi a Yogyakarta, (Indonesia) dal 6 al 9 novembre 2006 dalla International Commission of Jurists, dalla International Service for Human Rights e altri esperti internazionali. Detti principi si possono consultare in [http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm).

31 Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Convention on the Rights of the Child), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata nell'ordinamento italiano con la legge 27 maggio 1991, n. 176.

32 "Ovunque, chiunque ha il diritto essere riconosciuto come persona dalla legge. Le persone di orientamento sessuale e identità di genere differente devono godere di uguale capacità in tutti gli aspetti della vita. L'orientamento sessuale e l'identità di genere autodeterminati sono parte della loro personalità e fanno parte dei aspetti fondamentali dell'autodeterminazione, dignità e libertà. Nessuno deve essere forzato a subire trattamenti medici, compresi operazione di riassegnazione del sesso, sterilizzazione o terapia ormonale, quale requisiti per il riconoscimento legale della loro identità di genere. Nessuno status,

paiono emergere riferimenti specifici ai minori, tuttavia appare sensato affermare che anche ai minori siano riconosciuti i diritti di definire la propria identità sessuale, la propria dignità a non essere forzati a trattamenti ormonali o riassegnazione chirurgica del sesso.

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo non presenta specifiche norme sull'argomento trattato in questa sede, ma comunque contiene disposizioni che sono di immediato interesse per i problemi che devono essere affrontati dai minorenni affetti da A.G.I.O. L'art. 7 contiene rilevanti riferimenti al diritto del minore a essere registrato immediatamente alla nascita con un proprio nome, senza specificazione però di collegamento con i caratteri sessuali presenti al momento della nascita; l'art. 8 dispone che "gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali"; mentre l'art. 12 gli riconosce il diritto di essere ascoltato in ogni questione che lo interessi, quando capace di discernimento, in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne; l'art. 16 protegge il minore dalle interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia e stabilisce a favore del fanciullo il diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti. Infine, gli Stati parti riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione. Essi si sforzano di garantire che nessun minore sia privato del diritto di avere accesso a tali servizi.

In senso più strettamente comparatistico, l'ordinamento giuridico che presenta il maggior numero di casi di A.G.I.O. esaminati dalla giurisprudenza al fine di autorizzare la somministrazione della terapia ormonale è l'Australia. Nei casi analizzati<sup>33</sup> si è dibattuto se il trattamento ormonale tanto nella Fase 1, reversibile, tanto nella Fase 2, parzialmente irreversibile, sia da considerarsi un "trattamento medico speciale", conseguentemente quali fossero i requisiti necessari per il consenso al trattamento, se il minore possa essere considerato "competente" a manifestare il consenso al trattamento da sé, dai genitori, ovvero se questo debba essere autorizzato dall'autorità giudiziaria. Va sottolineato che ciascun punto è stato letto dai giudici australiani sotto la specifica e sensibile lente del *best interest of the child*. A questo proposito, la giurisprudenza australiana è coerente ed ha stabilito che, in caso di accordo di tutte le parti coinvolte (cioè minore<sup>34</sup>, genitori e esperti sanitari) nel procedere con la I fase del trattamento ormonale reversibile della A. G. I. O., non è necessaria l'autorizzazione giudiziaria<sup>35</sup>. Ciò anche nel caso in cui il minore sottoposto alla terapia sia orfano e sia curato da *foster parents* (genitori affidatari)<sup>36</sup>. Al contrario l'autorizzazione giudiziaria è necessaria per la prosecuzione della terapia alla fase 2, poiché essa ha effetti non più completamente reversibili<sup>37</sup>.

Invece, in un altro grande stato di inevitabile riferimento comparatistico, come gli Stati Uniti, si conoscono soltanto tre casi editi<sup>38</sup> relativi a minori transessuali. Tuttavia si tratta di contenziosi complessi il cui oggetto principale era la separazione dei genitori e la custodia dei figli, tra i quali sono presenti

---

come matrimonio o genitorialità, possono essere invocati per impedire il riconoscimento dell'identità di genere di una persona. Nessuno deve essere soggetto a pressione per nascondere, sopprimere o negare il suo orientamento sessuale o la sua identità di genere" (traduzione della norma predisposta dall'autrice).

33 *Re Alex: Hormonal treatment for gender identity dysphoria* [2004] FamCA 297, 13 aprile 2004; *Re Brodie (Special Medical Procedures: Jurisdiction)* [2007] FamCA 776, 24 luglio 2007; *Re Sean and Russell (Special Medical Procedures)* (2010) 44 Fam LR 210, 26 ottobre 2010; *Re Jamie (Special Medical Procedure)* [2011] FamCA 248, *Re Jamie* [2013] FLC 93-547, 31 luglio 2013; *Re Lucy*, 2013 Fam CA 518, 12 luglio 2013, *Re Jodie* [2013] FamCA 62, 14 febbraio 2013, *Re Colin* [2014] Fam CA 449, 27 giugno 2014, *Re Spencer* [2014] Fam CA 310, 8 aprile 2014; *Re: Jordan* [2015] FamCA 175, 12 marzo 2015. In dottrina, si veda M.K. Smith, B. Mathews, *Treatment for gender dysphoria in children: the new legal, ethical and clinical landscape*, in *Medical Journal of Australia*, 2015; 202 (2), pp. 102-104.

34 quando questo dimostri di essere in grado di comprendere il trattamento al quale deve venire sottoposto e di dare conseguentemente un appropriato consenso ai sensi della "*Gillick principle*" adottata dalla House of Lords, inglese. Attraverso questo principio si stabilisce in medicina se un minore di 16 anni sia capace di manifestare consenso medico informato in merito a trattamenti che lo riguardano senza necessità dell'autorizzazione dei genitori (*Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] (1985) 3 All ER 402).

35 *Re Jamie* [2013] FLC 93-547.

36 *Re Lucy*, 2013 Fam CA 518.

37 *Re Brodie (Special Medical Procedures: Jurisdiction)* [2007] FamCA 776, 24 luglio 2007. Tuttavia in un altro caso più risalente, la Family Court of Australia ha negato la doppia autorizzazione per la Fase I e per la Fase due perché il minore in questione sarebbe stato presto maggiorenne e in grado di consentire validamente da sé (*Re Alex: Hormonal treatment for gender identity dysphoria* [2004]).

38 D.A. Perkiss, *id.*; E. Skougard, *id.*

minori che manifestavano disforie di genere. Si tratta dei casi *Smith v. Smith*<sup>39</sup>, *Shrader v. Spain*<sup>40</sup> e *Johnston v. Johnston*<sup>41</sup>. Il contenzioso familiare non sembrerebbe agevolare i minori transgender ad affrontare serenamente la loro condizione.

Le decisioni statunitensi inerenti minori transgender non concernono, a differenza di quelle australiane, la tematica del consenso informato, ma l'assegnazione della custodia dei figli e, conseguentemente, il riconoscimento della manifestazione della loro identità di genere. Infatti, nei casi analizzati si osserva come i giudici assegnino la custodia dei minori al genitore che manifesta un approccio negativo della A.G.I.O.

Trattandosi di contenziosi complessi, vanno analizzati partitamente. La vicenda *Smith v. Smith* riguarda la separazione dei genitori di due figli, uno dei quali manifesta già dalla più tenera età una disforia di genere volendo essere trattato "*as a girl*", come una ragazza. La madre appoggia la sua identità di genere, accetta di chiamarla "*Christine*", condivide l'esperienza nei gruppi di supporto e prende in considerazione l'inizio della terapia ormonale di sospensione della pubertà. Al contrario, il padre tratta il figlio come un maschio. Nel 2001, la coppia si separa e a seguito di un accordo tra i genitori, la madre ottiene la custodia dei minori, mentre il padre si vede riconosciuto il diritto di visita. Nel 2004 la madre si trasferisce e iscrive Christine in una nuova scuola identificandola come ragazza, il padre si rivolge in giudizio per ottenere, riuscendoci, la custodia di entrambi i figli, e nonostante l'appello materno, la sentenza viene confermata in secondo grado. Già in pendenza del giudizio di primo grado il padre ottiene un *emergency temporary order* che ordina alla madre di smettere ogni trattamento ovvero consultazione inerente alla disforia di genere, di rivolgersi al figlio come "*Christine*", o ogni altro nome femminile, e di vestirla con abiti femminili. Tuttavia, la madre viola tale *order* accompagnando Christine in piscina abbigliata da ragazza. Il giudice di primo grado è stato molto severo nei confronti della madre disobbediente, sanzionandola per non aver dimostrato neutralità o sostegno all'identità maschile della minore e rimarcando l'importanza dei ruoli di genere tradizionali<sup>42</sup>. Nonostante Christine continuasse a riferirsi a se stessa al femminile, tre dei cinque periti chiamati al processo confutano la diagnosi di disforia di genere, pertanto la Corte emana la sua decisione secondo la quale la minore non soffre di disforia di genere e proibendo la somministrazione della terapia ormonale bloccante la pubertà. La dottrina che si è occupata del caso ha severamente criticato tale decisione rimarcando la debolezza delle domande dell'avvocato di parte e dall'altro la scarsità degli incontri tra Christine e il terapeuta la cui opinione giurata è stata decisiva per la soluzione del caso. Altresì la dottrina ha messo in evidenza il ruolo del giudice di prime cure in questa vicenda: nonostante mancasse di esperienza specifica nella valutazione di siffatti casi, ha supportato la forzosa prevalenza dell'identità maschile sulla falsata convinzione che crescendo Christine potesse essere maggiormente sicura della sua identità di genere. Ulteriormente, proibendo la manifestazione della sua identità di genere e obbligandola a vivere con il padre contrario e frequentando la scuola nei panni maschili, la Corte ha manifestato l'opinione che un minore disforico possa vivere più a suo agio nella società se mantiene il suo genere biologico. In realtà, detto ragionamento è errato, soprattutto sulla base del fatto che Christine al momento della decisione aveva 12 anni, era già entrata nella fase puberale Tanner II e avrebbe potuto giovare del trattamento ormonale bloccante, senza assumere le caratteristiche maschili che lei atterriva.

Anche nel caso *Shrader v. Spain* la custodia di Nicholas, minore transessuale MtF è stata accordata al padre avente un atteggiamento negativo rispetto alla disforia di genere del minore, invece che alla madre supportiva fondando la decisione sulla circostanza che è nel miglior interesse del minore transgender vivere maggiormente con suo padre al fine di diminuire la sua dipendenza dalla madre, anche per favorire il successo della terapia psicologica, e facilitare la separazione dell'identità di Nicholas da quella di sua madre<sup>43</sup>.

39 *Smith v. Smith*, No. 05-JE-42, 2007 LEXIS 1282 (Ohio Ct. App. Mar. 23, 2007).

40 *Shrader v. Spain*, No. 05-95-01649, 1998 WL 40632 (Tex. App. Feb. 4, 1998).

41 *Johnson v. Johnson*

42 D.A. Perkiss, *id.*

43 "*Nicholas, the parties' son, was diagnosed with gender identity disorder, a serious mental condition. The recommended treatment was for Nicholas to spend more time with his father, and to lessen his dependence on his mother. Dr. Doyle, Nicholas's psychologist, testified that he had not made as much progress in therapy as she had hoped, and that Nicholas's home environment would be important to his therapy. Dr. Otis, a psychologist who evaluated Husband, Wife, and both children, testified that Wife was unable to admit that Nicholas had a problem, and that Nicholas needed to separate his identity from his mother's. The trial court was within its discretion in deciding that, given Nicholas's gender identity disorder, it was in the children's best interest to live with their father*".



Infine, nel caso *Johnson v. Johnson*, l'approccio cooperativo dei genitori, soprattutto della madre, nella custodia della figlia MtF Sarah, ha ottenuto risultati opposti rispetto a quanto finora evidenziato nelle decisioni edite ivi presentate. Infatti, nonostante le forti divergenze tra i genitori, la madre ed il suo avvocato hanno predisposto con particolare attenzione materiali informativi a favore del giudice spiegando altresì il suo sostegno alla figlia MtF. Pertanto la Corte ha ritenuto che fosse prioritario il *best interest* attraverso un piano, supportato da uno psicologo, sull'investigazione della personalità femminile di Sarah prima dell'autorizzazione al trattamento.

*Michele Saporiti\**

## ***J'objecte!* Obiezione di coscienza e matrimonio egualitario: il caso francese**

### **Sommario**

1. La “*loi Taubira*” – 2. Il caso giudiziario – 3. La decisione del Conseil Constitutionnel – 4. Alcuni criteri generali – 4.1 Il limite oggettivo: la connessione causale – 4.2. Il limite soggettivo: lo status – 5. Il significato politico di una clausola di coscienza: uno sguardo finale all'Italia

### **Abstract**

Con la legge n. 2013-404 l'istituto matrimoniale viene esteso alle coppie omosessuali nell'ordinamento giuridico francese. Ne nasce un caso giudiziario e mediatico a seguito dell'iniziativa di un gruppo di sindaci, per la mancata previsione di una clausola di coscienza che permetta loro di obiettare. È possibile riconoscere un'ipotesi di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza in capo a chi è chiamato ad esercitare una funzione pubblica? Esistono dei criteri generali in base ai quali riconoscere un'ipotesi obiettoria? Anche con riferimento al caso italiano, qual è il rapporto tra tutela della coscienza e tutela delle opinioni?

*Law n. 2013-404 provides gay marriage in the French legal system. Due to the lack of a conscience clause, a judiciary case was started by a group of mayors. Is it possible to recognize conscientious objections for people fulfilling public functions? May we point out some general requirements for the legal provision of a conscience clause? With reference to Italy, which is the relation between the legal protection of conscience and people's opinions?*

### **1. La “*loi Taubira*”**

Con la legge n. 2013-404, fortemente voluta dal Governo francese e in particolare dalla *Garde des sceaux* Christiane Taubira, viene introdotto il matrimonio per le coppie dello stesso sesso nell'ordinamento giuridico francese. Tutt'altro che un passaggio scontato anche nella nazione che ha fatto della laicità il suo vessillo. Senza rimodellarne contenuto e disciplina giuridica, il matrimonio previsto per le coppie eterosessuali è stato esteso *tout court* anche alle coppie omosessuali, ivi compresa la disciplina relativa al diritto di adottare in capo ai coniugi. Ma cosa accade se i soggetti incaricati di celebrare tali nozze “in nome dello Stato” si trovano nell'impossibilità morale di farlo, perché la stessa previsione di questa possibilità contrasta con le loro convinzioni? È possibile riconoscere un'ipotesi di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza in capo a chi è chiamato ad esercitare una funzione pubblica? In particolare, quali sono gli interessi in gioco e la logica sottesa alla loro tutela?

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università di Milano-Bicocca; Post-doc all'École Pratique des Hautes Études, Paris-Sorbonne: Groupe Sociétés, Religions, Laïcités (EPHE-CNRS); Professore a contratto di Filosofia del diritto, Università di Bergamo-Accademia della Guardia di Finanza. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

## 2. Il caso giudiziario

Per garantire un'applicazione uniforme della legge n. 2013-404, il Ministro degli Interni francese indirizzò una circolare ufficiale a tutti i prefetti, descrivendo minutamente le conseguenze legali del rifiuto di celebrare le nozze tra persone dello stesso sesso. In questa circolare ministeriale si afferma, senza lasciare adito ad incomprensioni, che tutti gli *officiers de l'état civil* esercitano tali funzioni *au nom de l'État*. Tali funzioni possono essere quindi delegate ad un membro del consiglio comunale nella sola ipotesi di assenza o di impedimento *legittimo* del sindaco o del suo vice. Nessuna eccezione può essere tollerata. Com'è facile immaginare, questa circolare faceva seguito alle affermazioni di un significativo numero di sindaci francesi, i quali avevano pubblicamente dichiarato che non avrebbero mai officiato le c.d. "nozze gay", anche se previste da una legge del Parlamento.

Di fronte al tenore della circolare, che non lasciava alcun margine di apprezzamento agli ufficiali di stato civile, un gruppo di sindaci decide di presentare ricorso davanti al Conseil d'État. Durante tale giudizio, sette sindaci promuovono una *question prioritaire de constitutionnalité*, con riferimento alla mancanza di una clausola di coscienza nella legge, a tutela della libertà di coscienza e di opinione. Con la decisione n. 369834 del 18 settembre 2013, il Conseil d'État rimette la questione di costituzionalità presentata da Franck Meyer e dagli altri sei sindaci al Conseil Constitutionnel. In particolare, si pone all'attenzione della Corte costituzionale francese la conformità ai diritti e alle libertà riconosciute dalla Carta costituzionale francese di alcune disposizioni modificate dalla legge n. 404 del 17 maggio 2013. A ben vedere, anche dopo l'approvazione vennero presentate diverse proposte d'introduzione di una clausola di coscienza nel testo della legge 404. Lo scopo di tali emendamenti, che non trovarono accoglimento in sede parlamentare<sup>1</sup>, era quello di dare la possibilità ai sindaci e ai vice-sindaci, le cui convinzioni morali non avrebbero permesso loro di celebrare il *mariage pour tous*, di potersi astenere, senza subire le conseguenze legali del loro rifiuto.

Ben prima dell'approvazione parlamentare della legge, invece, un gruppo di sindaci francesi riuniti nell'associazione *Maires pour l'enfance* aveva fatto sentire la propria voce nel dibattito pubblico francese a proposito della riforma voluta dal Governo. In un documento del 12 ottobre 2012, in una fase molto calda del dibattito, possiamo leggere:

*Aujourd'hui, au nom d'une prétendue "égalité des droits", le Gouvernement entend changer la nature même du mariage civil, au prix d'une grave discrimination à l'égard des enfants. En effet, l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels conduira inévitablement à priver "légalement" certains enfants d'un père ou d'une mère. Et nous avons appris par la presse que la Ministre de la Justice écarte du projet toute possibilité d'objection de conscience pour les officiers d'état civil<sup>2</sup>.*

Lo stesso presidente Hollande, nel novembre 2012, prima di fare "marcia indietro" sulle sue posizioni (come commentava *Libération* in un articolo del 3 febbraio 2013), aveva pubblicamente garantito ai sindaci l'introduzione di un'ipotesi obiettoriale nella legge in discussione al Parlamento<sup>3</sup>.

Anche senza menzionare esplicitamente la questione dell'omogenitorialità, le censure proposte dal gruppo dei sindaci nella questione principale di costituzionalità sono in forte continuità con le affermazioni sopra riportate. In particolare i ricorrenti rilevano che:

- a) la scelta di sottoscrivere la definizione di matrimonio risultante dalla legge n. 404-2013 dovrebbe essere ricompresa nell'area di tutela garantita dalla libertà d'opinione dei soggetti;
- b) di conseguenza, l'obbligo di celebrazione di matrimoni tra persone dello stesso sesso per i pubblici ufficiali non è legittimo: non prende in considerazione il diritto delle persone di comportarsi conformemente alle proprie opinioni. In questo modo, esso si pone in contrasto con l'articolo 10 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e con il quinto paragrafo della prefazione della Costituzione francese del 1946;
- c) il celebrare il matrimonio omosessuale coinvolge "*personnellement tout son être*" per un pubblico ufficiale: questo impone un trattamento analogo rispetto all'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza;

1 Nel 2013 vennero presentate due proposte d'introduzione di un'ipotesi di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza nella legge 404: Jean-Louis Masson presentò al *Bureau du Sénat* la *proposition* n. 613 il 27 maggio 2013; Philippe Gosselin, insieme ad altri cinquantadue parlamentari, presentò al *Bureau de l'Assemblée nationale* la sua proposta il 10 ottobre 2013.

2 Testo reperibile all'indirizzo: [www.mairespourenfance.fr/appeldesmaires.pdf](http://www.mairespourenfance.fr/appeldesmaires.pdf).

3 Per una ricostruzione politologica e sociologica delle mobilitazioni contro il *mariage pour tous* in Francia cfr. P. Portier, C. Béraud, *Métamorphoses Catholiques*, Parigi, Les éditions de la Maison de Sciences de l'homme, 2015.

d) infine, l'assenza di una ipotesi di esercizio di obiezione di coscienza in una legge (c.d. clausola di coscienza, da non confondere con quella presente nei codici deontologici<sup>4</sup>), danneggia la libertà di coscienza dei sindaci.

Nell'ordinamento giuridico francese, come richiamato in parte dai sindaci ricorrenti, esistono già delle ipotesi *ex lege* di obiezione di coscienza. Essa è prevista in due ambiti specifici: il servizio militare obbligatorio e la sanità pubblica. Con riferimento alla seconda, viene riconosciuto il diritto di obiettare nel *Code de la santé publique* con riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza, alle richieste di sterilizzazione volontaria e alla ricerca sugli embrioni. Clausole di coscienza sono altresì previste, analogamente a quanto avviene nel contesto italiano, anche nei codici deontologici di alcune professioni (come medici, avvocati, giornalisti).

### 3. La decisione del Conseil Constitutionnel

Il Conseil Constitutionnel (*décision* n° 2013-353 del 18 ottobre 2013) rigetta in modo chiaro e non frain-tendibile la questione sollevata dai sindaci. Nello specifico, secondo la Corte non è possibile estendere il trattamento previsto per gli obiettori di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza per quattro ragioni principali:

- a) come pubblici ufficiali, i sindaci e i loro vice agiscono in nome dello Stato, in funzione dell'espletamento di un servizio pubblico. Essi assicurano l'applicazione e il rispetto della legge: tale rispetto, di conseguenza, è implicito nella loro attività e, anzi, ne rappresenta il presupposto;
- b) il principio di neutralità del pubblico servizio non è conciliabile con il rifiuto del sindaco di adempiere ai propri doveri previsti *ex lege*, in ragione di motivi filosofici o religiosi;
- c) il grado di coinvolgimento della coscienza nella condotta "celebrare il matrimonio omosessuale" non può essere paragonato a quello dell'operatore sanitario nello svolgimento di una procedura abortiva;
- d) non può essere quindi trovato alcuno spazio residuo per l'apprezzamento del singolo nell'applicazione della legge che riconosce il *mariage pour tous*.

La posizione della Corte può essere riassunta con queste parole:

*qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience<sup>5</sup>.*

Nessun danno alla libertà di coscienza dell'ufficiale dello stato civile può essere individuata in assenza di una clausola di coscienza nella legge 404: l'ordinamento, ad avviso della Corte, conferisce a

4 Una questione preliminare, che è bene chiarire, riguarda il rapporto tra obiezione di coscienza e clausola (o opzione) di coscienza contenuta in un codice deontologico. In particolare sono state sostenute due tesi opposte: per la prima, l'obiezione di coscienza riconosciuta dalla legge avrebbe un carattere più generale ed astratto dell'opzione di coscienza. Essa consegue ad una dichiarazione del soggetto di volersi astenere per il futuro da certe prestazioni, senza attendere di trovarsi attualmente nella particolare situazione di conflitto di coscienza (cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 2012, p. 6). Per la seconda, l'opzione di coscienza si palesa, nel nostro ordinamento, come un diritto molto più ampio e flessibile rispetto all'obiezione di coscienza, che viene invece circoscritta ad alcune ipotesi tipiche: si porta a tal fine ad esempio il codice di deontologia medica che pone l'opzione di coscienza a fondamento dell'autonomia professionale (cfr. C. Casonato, F. Cembrani, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina*, L. Lenti, E. Palermo, P. Zatti (a cura di), IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 76-77). A distinguere le due ipotesi sono innanzitutto le fonti giuridiche che le legittimano: se l'obiezione di coscienza trova la sua fonte nel diritto fondamentale (e costituzionalmente garantito) di libertà di coscienza, tanto per le ipotesi tipiche quanto come diritto generale all'obiezione, l'opzione o clausola di coscienza trova la sua legittimazione in una fonte paragiuridica, ovvero la deontologia, che nel disciplinarla ben si ispira ad una logica analoga a quella dell'obiezione. Il problema diventa particolarmente delicato nell'ambito sanitario, qualora si ricollegli allo *status* professionale di un soggetto, proprio in virtù della clausola di coscienza, la possibilità generalizzata di rifiutare qualunque prestazione richiesta perché contrastante con i propri convincimenti. Stante la grande importanza della deontologia, che testimonia quanto il diritto sia chiamato anche a lasciar posto alle regole proprie delle categorie professionali interessate, vi sono ambiti nei quali la deontologia può essere solo chiamata ad integrare una disciplina giuridica univoca nel suo contenuto permissivo o precludente e non, invece, a sostituirsi ad essa (cfr. sul punto D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli, 2011). L'obiezione di coscienza rappresenta il principale di tali ambiti.

5 Conseil constitutionnel, sentenza n. 2013-353, *Considérant 10*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).



determinati soggetti l'esercizio di specifiche funzioni per garantire il regolare funzionamento del servizio pubblico, il quale non può e non deve essere pregiudicato dal disaccordo di alcuni. Questa decisione si pone in linea con la posizione assunta in precedenza da tre importanti organi giurisdizionali: il Tribunale Supremo spagnolo nel 2009<sup>6</sup>, la Corte d'Appello inglese e gallese nel 2009<sup>7</sup> e, ad essa collegata, la Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2013. In particolare, nel giudizio *Eweida and Others v. United Kingdom* del 15 gennaio 2013, la IV sezione della Corte di Strasburgo non aveva riconosciuto nessun danno alla libertà di coscienza di un pubblico ufficiale, la signora Ladele, in assenza di una clausola di coscienza prevista dalla legge.

Stante tale comunanza di posizioni a livello non solo nazionale, ma sovranazionale, in merito al rifiuto opposto da un pubblico ufficiale sulla base di ragioni di coscienza, c'è da chiedersi se sia possibile ricavare dei criteri generali per il riconoscimento di tali ipotesi obiettorie. Una premessa si rende necessaria, per non cadere in semplificazioni poco opportune. L'istituto dell'obiezione di coscienza è di assai complessa configurazione. Tratteggiarne in sintesi gli aspetti caratterizzanti e ricostruirne brevemente la logica e il meccanismo di funzionamento è un'operazione che ne svilirebbe l'importanza e, soprattutto, le ricadute. Ecco perché, nell'economia di questo saggio, si è scelto di focalizzare l'attenzione su un aspetto specifico di una più ampia teoria generale del diritto all'obiezione di coscienza (alla quale mi permetto di rimandare)<sup>8</sup>, nel tentativo di sviluppare e generalizzare le considerazioni della giurisprudenza sopra citata. Occorre altresì precisare preliminarmente la cornice entro la quale si colloca tale ricostruzione: in breve, l'obiezione di coscienza viene considerata in un'ottica tutta interna al diritto positivo, come diritto all'obiezione di coscienza. L'applicazione al caso del matrimonio egualitario francese dei criteri che verranno presentati nel paragrafo seguente potrebbe costituire, esprimendo un auspicio, un utile spunto di discussione anche per il contesto italiano.

#### 4. Alcuni criteri generali

Dalla posizione assunta dal Conseil Constitutionnel è possibile ricavare due osservazioni centrali: i pubblici ufficiali agiscono "in nome dello Stato"; il coinvolgimento della loro coscienza nella celebrazione del *mariage pour tous* non è paragonabile a quello che si avrebbe per i medici e gli operatori sanitari in una procedura abortiva. Al di fuori di questa ipotesi specifica, mi permetto di suggerire tre limiti teorico-giuridici per ogni ipotesi di obiezione di coscienza: un limite normativo, un limite oggettivo, ed infine, un limite soggettivo. In questa sede non approfondirò il primo limite (normativo), limitandomi ad esporre la sua struttura.

Il limite normativo prende in considerazione due ambiti: a) il rispetto di quei principi e doveri inderogabili, che nessuna clausola di coscienza può pregiudicare all'interno di un ordinamento costituzionale (ne è un esempio il dovere di fedeltà alla Repubblica previsto dall'art. 54 della Costituzione italiana)<sup>9</sup>; b) la non totale compromissione degli interessi collettivi alla cui tutela sono finalizzati gli obblighi cui si consente di derogare attraverso la previsione obiettoria<sup>10</sup>. In altre parole, l'obiezione non può incidere sull'assetto d'interessi stabilito da una legge in modo tale da pregiudicare radicalmente il perseguimento di tali interessi (costituzionalmente tutelati), garantiti attraverso l'imposizione dell'obbligo principale.

Con riferimento al caso francese, invece, risultano di particolare importanza gli altri due limiti (oggettivo e soggettivo), ai quali dedicherò attenzione specifica.

6 Tribunale supremo, sentenza n. 3059/2009, dell'11 maggio 2009. In questo caso un giudice, non un pubblico ufficiale, si era rifiutato di procedere alla registrazione di un *same-sex marriage*. Cfr. sul punto I. Trujillo, *Il disaccordo nello stato costituzionale di diritto. A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo spagnolo sul diritto generale all'obiezione di coscienza*, in *Diritto & questioni pubbliche*, www.dirittoquestionipubbliche.org, 9, 2009, p. 152.

7 *Ladele v. London Borough of Islington*, EWCA Civ. 1357, 15 dicembre 2009.

8 Cfr. M. Saporiti, *Per una teoria generale del diritto all'obiezione di coscienza*, in Id., *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 99-138.

9 Per alcuni spunti d'analisi in tal senso cfr. F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezioni di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014. Si rimanda sul punto soprattutto alla ricostruzione proposta da D. Paris, *op. cit.*

10 Cfr. V. Onida, *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti: atti del Seminario nazionale di studio*, Milano, 9-11 aprile 1992, B. Perrone (a cura di), Milano, Giuffrè, 1992, p. 369.

#### 4.1 Il limite oggettivo: la connessione causale

Il secondo limite riguarda la connessione causale esistente tra la condotta obbligatoria e il prodursi di un atto ritenuto intollerabile in coscienza. La domanda centrale diventa la seguente: per aversi un'ipotesi di esercizio legittimo del diritto all'obiezione di coscienza, quale grado di partecipazione viene richiesta ad un soggetto nel prodursi di una situazione contraria alle sue convinzioni? A tal fine è possibile individuare quattro caratteristiche del nesso causale, da intendersi cumulativamente presenti. A questo scopo, tale nesso deve essere:

- *certo*, ovvero la condotta dell'agente deve contribuire a produrre lo stato di cose contrario ai convincimenti dell'agente stesso, non in modo potenziale, cioè tale da favorire o rendere anche solo possibile tale stato di cose, ma con un apporto determinante;
- *diretto*, ovvero occorre un coinvolgimento personale dell'agente nella causazione dell'evento, non mediato o vanificabile attraverso manifestazioni di volontà di altri soggetti a vario titolo coinvolti;
- *necessario*, ovvero la condotta dell'agente non dev'essere eliminabile all'interno della catena causale che produce l'evento indesiderato;
- *specifico*, ovvero la condotta dev'essere teleologicamente diretta alla causazione dell'evento a cui l'agente non vuole contribuire<sup>11</sup>.

Cerchiamo di applicare questa ricostruzione al nostro *casus belli*. Perché il Conseil Constitutionnel francese afferma che il coinvolgimento personale del pubblico ufficiale non è paragonabile a quello dell'operatore sanitario in caso di aborto? In quest'ultimo caso, l'apporto materiale fornito alla causazione dell'evento 'aborto' è certo e diretto, perché la condotta degli operatori sanitari coinvolti va a produrre materialmente e in modo sicuro una conseguenza eticamente intollerabile. Allo stesso tempo, all'interno della procedura medica specifica in cui si articola l'interruzione volontaria della gravidanza, l'apporto materiale di tali soggetti è anello ineliminabile nella catena causale che conduce a praticare un aborto, ed è ad esso teleologicamente diretto. Possiamo affermare lo stesso per la celebrazione del *same-sex marriage*? Potremmo rispondere affermativamente, giungendo così alla posizione dei sindaci ricorrenti, almeno *prima facie*. Infatti, l'evento moralmente intollerabile al quale i sindaci francesi e i loro vice non vogliono prendere parte è 'celebrare un matrimonio tra persone dello stesso sesso'. Perché si abbia un matrimonio validamente celebrato, il coinvolgimento del sindaco o dei suoi delegati è diretto (personale e non delegabile, riferendoci anche alle parole della circolare ministeriale citata in apertura<sup>12</sup>), certo, necessario e specifico in ragione della procedura legale prevista nel sistema francese. I sindaci avevano quindi diritto ad un riconoscimento legale della propria facoltà di obiettare?

L'atto che i pubblici ufficiali sono chiamati a celebrare è 'il matrimonio', quindi un negozio giuridico regolato da norme di diritto positivo. Tale atto non implica alcun conflitto di coscienza per i sindaci ricorrenti nella misura in cui esso vede il coinvolgimento di soggetti di sesso opposto. Diversamente dall'aborto, la condotta materiale 'celebrare un matrimonio' diventa irreparabilmente problematica soltanto nel caso specifico in cui sia una coppia gay o lesbica ad essere coinvolta nella celebrazione. Non è quindi la condotta imposta dalla legge o, meglio, la sua struttura ad essere foriere di contrasti con la propria coscienza, bensì l'estensione di un istituto giuridicamente previsto ad una certa categoria di persone: il 'celebrare un matrimonio tra persone dello stesso sesso'. Può sembrare paradossale, ma il caso non è poi così differente da quello di un medico che si rifiutasse di praticare aborti soltanto in ragione del colore della pelle di una donna o del suo stato civile, ravvisando un insuperabile conflitto, ad esempio, solo in caso di pazienti non sposate.

La previsione legale di un'ipotesi legittima di esercizio dell'obiezione di coscienza vuole dare la possibilità ai soggetti di astenersi dal compimento di un atto a cui sarebbero diversamente tenuti, non

11 Due degli aggettivi qualificanti tale nesso causale si rifanno specificamente ai requisiti richiesti dall'art.9 della legge 194 del 1978 sull'obiezione del personale sanitario ed esercente attività ausiliarie. Alla luce degli stessi criteri potrebbe altresì discutersi la sostenibilità della richiesta obiettorica avanzata dai farmacisti per la vendita dei contraccettivi d'emergenza.

12 In realtà una via d'uscita sembrerebbe prospettarsi anche alla luce della decisione del Conseil. Infatti, l'art. L. 2122-18 del *Code général des collectivités territoriales* prevede che il sindaco «peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints ou dès lors que ceux-ci sont tous titulaires d'une délégation à des membres du municipal». La questione dirimente riguarda la natura dell'impedimento legittimante la delega: in particolare, la configurazione di un impedimento morale a celebrare le nozze (con interpretazione analogica rispetto ad altre ipotesi di impedimento morale già presenti nel diritto francese, come sostenuto da una parte della dottrina). Come si avrà modo di sostenere in chiusura, la previsione di una delega delle proprie funzioni ad altri soggetti va però a minare la *ratio* egualitaria della legge in questione. La locuzione "matrimonio per tutti" si tradurrebbe infatti nell'irrelevanza, sotto il profilo giuridico, di impedimenti personali (moralì o religiosi) nel celebrante le nozze, legati all'identità di sesso dei nubendi.

in ragione delle condizioni personali dei soggetti coinvolti, ma per le conseguenze prodotte dall'atto stesso in cui si vedrebbero coinvolti. In caso contrario, una clausola di coscienza prevista dalla legge finirebbe con il legittimare una forma non poi così velata di discriminazione, creando una discrezionalità obiettoria immotivata, non costituendo l'identità di sesso dei nubendi un elemento rilevante ai fini dell'applicazione dell'istituto matrimoniale francese. Si scivolerebbe dal trattare situazioni diverse in modo diverso a trattarne di analoghe (*ex lege*) in modo differente.

## 4.2 Il limite soggettivo: lo status

Il terzo limite, che viene in rilievo nella pronuncia dei giudici francesi, è quello relativo alla compatibilità delle proprie opinioni personali con lo svolgimento di funzioni pubbliche. Giudici, pubblici ufficiali, componenti delle forze dell'ordine, soldati, insegnanti: questi sono soltanto alcuni dei soggetti che si trovano in una situazione di contrasto potenziale, e spesso attuale, tra la funzione svolta e le proprie convinzioni personali. In tali casi il limite dello status vuole rispondere a questa domanda: tali categorie di soggetti possono invocare il diritto all'obiezione di coscienza in merito a questioni collegate all'esercizio delle loro funzioni? Un giudice che ritiene di non poter decidere un caso per un conflitto di coscienza; un pubblico ufficiale, proprio come nel caso francese, che non può celebrare un matrimonio tra coppie dello stesso sesso, o anche soltanto procedere alla sua registrazione; un insegnante in una scuola pubblica che si rifiuta di comunicare agli studenti determinati contenuti previsti dai programmi ministeriali<sup>13</sup>, perché in contrasto con le proprie convinzioni profonde.

La questione dirimente per stabilire se tali soggetti possano o meno obiettare è quella che concerne l'ordine valoriale che essi sono chiamati ad applicare nello svolgimento delle proprie funzioni: in altre parole, qual è l'ordine assiologico fatto proprio da tali soggetti, non *in foro interno*, ma nell'esercizio delle rispettive funzioni? Non si tratta dell'ordine assiologico o valoriale individuale, bensì di quello dell'ordinamento giuridico al cui servizio il loro ufficio è preordinato. Rispetto al semplice punto di vista interno<sup>14</sup> come cittadini nei confronti dell'ordinamento, prevale il punto di vista dell'ordinamento stesso in virtù della funzione svolta. Questo riguarda emblematicamente il giudice che esercita volontariamente la sua funzione giurisdizionale (mentre caso diverso e più delicato è quello della cooptazione del giudice popolare). Il giudice è chiamato a svolgere la sua attività di *ius dicere* secondo un assetto valoriale potenzialmente, e anche concretamente, differente rispetto a quello della propria coscienza: è la coscienza del legislatore e non quella del giudice a dover prevalere, sempre che la prima sia espressione dei principi costituzionali sui quali si fonda un ordinamento democratico. In base al rispetto di tali principi e non della propria personale idea di giustizia, il giudice potrà semmai mettere in discussione la costituzionalità di una legge, e, rispetto ad essa, anche l'assetto valoriale che ne è a monte. Egli potrà, in altri termini, utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione se ravvisa un'incoerenza interna al sistema. Ad essere garantite saranno comunque le condizioni nello svolgimento della sua attività giurisdizionale, come la neutralità; non, invece, il potenziale turbamento della sua coscienza individuale, a seguito dell'ufficio che ha volontariamente assunto. Se un soggetto decide di mettersi al servizio della "cosa pubblica", lei o lui compie una decisione liberamente assunta verso lo Stato e la società di cui fa parte. Si potrebbe fare un discorso simile (come spesso in questi ultimi anni è stato fatto) anche per i medici e gli operatori sanitari con riferimento all'aborto: essi hanno scelto volontariamente la propria professione e altresì di svolgerla nel servizio pubblico. Se oggi tale professione comporta anche il compimento di procedure abortive, di cui erano ben consci quando hanno intrapreso i propri studi, perché permettere loro di obiettare? Mi guardo bene dall'entrare in questa sede in una questione così complessa. Mi limito a segnalare come le due ipotesi siano profondamente diverse.

Da un lato, la differenza radicale tra il medico e il giudice o il pubblico ufficiale consiste nella natura delle funzioni svolte da questi ultimi. In particolare, essi hanno nelle loro mani l'esercizio di alcune prerogative sovrane, che costituiscono l'ossatura politica e giuridica dello Stato contemporaneo. Non solo essi sono chiamati ad esercitarle in nome dello Stato. Ciò su cui i giudici francesi invitano tutti a riflettere è, più in generale, cosa significhi porsi a servizio di quel preciso modello di Stato nato all'indomani

13 Sempre nel contesto francese, proprio l'insegnamento della *gender theory* nei corsi curriculari di scienze biologiche è stato al centro di un acceso dibattito sull'istruzione pubblica. In particolare, una certa parte dell'opinione pubblica, soprattutto cattolica, ha sostenuto con forza la differenza tra educazione ed istruzione. Soltanto la seconda spetterebbe allo Stato, che in alcun modo può intromettersi nelle questioni riguardanti l'educazione, di totale spettanza della famiglia. Sulla questione della teoria di genere e dell' "ecologia umana" nella mobilitazione contro il matrimonio egualitario in Francia, mi permetto di rimandare a M. Saporiti, *The Catholic Metamorphosis in France: from Bioethics to Same-Sex Marriage. Interview with Philippe Portier*, in uscita su *Notizie di Politeia* nel 2015.

14 Cfr. H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 106 e ss.

del secondo conflitto mondiale e dei suoi cittadini<sup>15</sup>. I giudici francesi, in modo non particolarmente velato, suggeriscono che quando tali soggetti rivendicano il diritto di obiettare nello svolgimento delle loro funzioni fraintendono il proprio ruolo. Essi sono chiamati a dare un'esecuzione vigile alla legge, come espressione democratica di un sistema giuridico, salvaguardando gli interessi in essa protetti. La vigilanza nell'esecuzione a cui mi riferisco risponde a quella logica della non passività, nella quale la legge prodotta dal Parlamento non è un comando da eseguire in uno Stato costituzionale di diritto. Se essa ne tradisce i principi ed i valori ispiratori, è una fonte che può essere messa in discussione secondo procedure legali previste. Ma quando tale legge è con essi coerente con la Carta costituzionale e declina l'idea di democrazia come tutela delle minoranze, non residuano margini significativi di manovra.

Perché le mie considerazioni non vengano in alcun modo lette o fraintese come un richiamo al legalismo etico, all'obbedienza alla legge in quanto legge, mi preme aggiungere che anche in queste situazioni residua un margine di scelta ineliminabile per ognuno. Nessun esercizio di un potere sovrano esime dalla responsabilità etica (ovvero morale, politica, giuridica) che vi è collegata; e questo, portato alle estreme conseguenze, viene dimostrato senza sbavature dal caso Eichmann<sup>16</sup>. Ognuno può rassegnare le proprie dimissioni dall'ufficio o dalla funzione ricoperta oppure, in alternativa, assumersi le responsabilità sul piano giuridico e disciplinare che una condotta difforme da quella prevista dalla legge comporterebbe, divenendo un atto di pubblica disobbedienza e non di disobbedienza civile, non essendo i soggetti coinvolti semplici *cives* di fronte allo Stato. L'obiezione di coscienza, però, non può essere messa in gioco, perché risponde a logiche profondamente diverse. Parafrasando Hannah Arendt, non solo «ciò che non permette a me di vivere potrebbe non disturbare la coscienza di un altro»<sup>17</sup>; ma ciò che non permette a me di vivere non può essere usato per impedire che un altro agisca coerentemente con la propria coscienza (*in foro externo*).

## 5. Il significato politico di una clausola di coscienza: uno sguardo finale all'Italia

Se dovessimo guardare al caso francese con "occhi italiani", non dovrebbe particolarmente stupirci che i sindaci si siano riferiti al loro diritto di agire conformemente alle proprie opinioni soltanto in merito alle unioni omosessuali, nel sollevare la questione di costituzionalità. Salvo che, in questo modo, essi sono incorsi in un pesante fraintendimento. L'obiezione di coscienza non protegge le opinioni delle persone, ma l'integrità della propria coscienza dall'adempimento di un dovere imposto dalla legge a garanzia di un interesse generale. Se un diritto è stabilito *per tutti* i cittadini, che le opinioni diventino il limite per l'esercizio di diritti, solo nei confronti di *alcuni* di essi, è quantomeno opinabile.

Com'è noto, nel contesto italiano, con la sentenza 138 del 2010, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla possibilità di contrarre matrimonio per coppie dello stesso sesso. Nel sancire la temporanea impossibilità del *same-sex marriage* in Italia, la Consulta ha però sottolineato sia la rilevanza giuridica delle coppie omosessuali, intese proprio come "formazioni sociali" (ex art. 2 Cost.) all'interno delle quali si può svolgere la personalità di ognuno<sup>18</sup>, sia il ruolo del Legislatore, al quale invece spetterebbe il delicato compito (verso il quale da tempo professa reticenza) di predisporre una disciplina per il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso. Ad oggi, come la recente vicenda delle trascrizione dei matrimoni di coppie lesbiche e gay insegna, nulla è stato fatto. Ed anche ciò che si è faticosamente cercato di fare a livello locale o municipale (come i tentativi di trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero) è divenuto oggetto di urgente intervento da parte del governo centrale. L'impressione è che non si stenti a comprendere quali siano gli effetti sociali che il protrarsi di tale ritardo normativo sta producendo.

15 Un ulteriore profilo sul quale è doveroso insistere con riferimento al caso francese riguarda il principio di neutralità del servizio pubblico, legato ad una certa visione del modello repubblicano e dell'unità nazionale. Il modo in cui tale principio è concepito rappresenta uno dei principali argomenti contro il riconoscimento di ipotesi obiettorie per i pubblici funzionari. Sul punto e per una lettura comparata cfr. M. C. Ruscazio, *Riflessioni di diritto comparato e canonico sull'obiezione di coscienza del pubblico funzionario*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), 11, 2015.

16 Cfr. H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, tr. it., *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, Feltrinelli, 2001.

17 H. Arendt, *Civil Disobedience*, tr. it., *La disobbedienza civile*, in Id., *La disobbedienza civile e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 45.

18 Sul punto cfr. M. Saporiti, *Famiglia, omogenitorialità e «mero pregiudizio»*, in *Ragion Pratica*, 1, 2014, pp. 247-272.



In caso di approvazione di una legge sul matrimonio omosessuale o, ipotesi meno fantascientifica nel breve termine, di una legge che preveda la registrazione delle unioni di fatto omosessuali in Italia, si profilerebbe un quadro ben più radicale che oltralpe. Se non vogliamo nasconderci dietro il velo del *politically correct*, è altamente probabile che quella clausola di coscienza assente nel testo francese compaia a chiare lettere nel caso italiano. Facendo riferimento a vicende recenti, basta ricordare la rilevanza della protezione delle opinioni che emerge dal disegno di legge Scalfarotto sul reato di omofobia e transfobia<sup>19</sup>, come risultante dal passaggio in Senato. Forse una qualche differenza esiste tra la protezione del proprio agire in coerenza con ciò che ognuno «considera di più impegnativo e degno di osservanza»<sup>20</sup> e la tutela delle opinioni di un pubblico ufficiale sullo stile di vita e l'identità sessuale dei cittadini. Finte perplessità a parte, al di là dell'analisi teorico-giuridica che ho cercato di delineare sopra, c'è da chiedersi quale sia il significato politico della previsione obiettorie in una legge sul matrimonio egualitario o sul riconoscimento giuridico delle unioni di fatto. Il caso francese viene ancora in aiuto.

Quando il presidente Hollande si pronunciò a favore della possibilità per i sindaci di obiettare al *mariage pour tous* nel 2012, l'associazionismo LGBT fece sentire la propria voce, alla quale si unirono diverse componenti della stessa parte politica a cui appartiene Hollande, nonché esponenti della società civile. Il significato politico della previsione di una clausola di coscienza per i sindaci era chiaro: essa avrebbe rappresentato una sorta di sconfitta nella battaglia per il riconoscimento di pieni diritti civili a tutti i cittadini, legittimando una disparità di trattamento tra il matrimonio eterosessuale e quello omosessuale: soltanto per il secondo era possibile astenersi da un atto dovuto per il pubblico ufficiale. In poche parole, i due non sarebbero stati della stessa «natura». L'uguaglianza doveva essere, invece, piena e totale, anche nel caso del matrimonio. Nel giro di pochissimo, come sappiamo, Hollande tornò sulle sue dichiarazioni, cambiando radicalmente posizione.

Il significato politico che una simile clausola avrebbe nel contesto italiano sarebbe analogo, se non addirittura maggiore, visto che con ogni probabilità sarebbe parte di una normativa sulle unioni di fatto e non sul matrimonio. Basti pensare che già nel corso dell'approvazione definitiva del disegno di legge sul reato di omofobia e transfobia abbiamo assistito e stiamo assistendo alla mobilitazione delle cosiddette «sentinelle in piedi»; un movimento che si definisce come «una resistenza formata da persone che vegliano su quanto accade nella società denunciando ogni occasione in cui si cerca di distruggere l'uomo e la civiltà»<sup>21</sup>. La loro resistenza è tanto silenziosa, quanto politico è il loro obiettivo. Recuperando l'idea della piazza come luogo d'incontro delle coscienze, esse vegliano e non accettano categorie fuorvianti come gay o eterosessuali, perché «esistono solo persone». Questo uso emotivo del linguaggio e l'appello ad un ecumenismo della personalità che va oltre le categorie è funzionale alla loro battaglia per difendere la libertà di espressione. Detto in altri termini, essi sono contro qualsiasi legge sull'omofobia, che non permetta alle persone di esprimere, proprio come avrebbero voluto fare i sindaci francesi, le proprie opinioni riguardo a determinate categorie di soggetti (mentre non dovrebbero esserci categorie, se siamo tutti «persone») e al loro stile di vita. Essi rivendicano il diritto di dire che la diversità fraintesa di certe minoranze non può essere fonte di diritti, né di protezioni giuridiche; che le relazioni innaturali a cui danno vita non devono essere difese dallo Stato, ma altre sono ben più meritevoli di tutela; che i bambini, che spesso si vedono nelle loro manifestazioni in piazza, sono «una cosa seria» per persone che non abbiano disordini. E via dicendo con questa sequela di messaggi ecumenici, ispirati chiaramente all'apertura verso la bellezza che si dischiude nella scoperta dell'altro. Forse bisognerebbe fare attenzione a non fraintendere ciò che è silenzioso con ciò che è pacifico: anche l'indifferenza, che non ha nulla di pacifico, è fatta di silenzio.

Quello delle sentinelle in piedi è soltanto un assaggio di quanto potrebbe accadere in presenza di una legge che permettesse un riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali. C'è da chiedersi se vogliamo che le opinioni godano di un grado di protezione maggiore delle persone che di tali opinioni sono non solo oggetto, ma spesso vittima; soprattutto, quando tali persone sono parte di una minoranza della popolazione. Ognuno di noi ha delle opinioni; o meglio, mi auguro vivamente ne abbia e non faccia proprie quelle di altri. Non è però l'opinione in sé a contare. Bensì ciò che la produce: quell'insieme di circostanze, credenze, convinzioni, pregiudizi o reali conoscenze che ci conducono ad un risultato che

19 All'articolo 1 lettera c) si prevede espressamente che «Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

20 Corte costituzionale, sentenza n. 334 del 1996, punto 6.1 del *Considerato*.

21 Testo reperibile all'indirizzo: [www.sentinellein piedi.it](http://www.sentinellein piedi.it).

chiamiamo opinione. In quanto ultimo anello di una catena più o meno complessa, occorre guardare agli anelli precedenti per capire cosa abbiamo di fronte, e a quelli successivi, per avere consapevolezza di quali siano le potenziali o effettive ricadute pratiche della nostra interpretazione soggettiva della realtà. In tempi e circostanze diverse, non sono forse delle innocue opinioni ad aver istigato al disprezzo, all'odio, alla violenza quei soggetti incapaci di capirne le conseguenze?

Rispetto a questa ricostruzione, le rivendicazioni obiettorie dei pubblici ufficiali francesi, portando il discorso su un piano giuridico, e forse prima ancora politico, segnano una ulteriore linea di demarcazione per il "meritevole di tutela in coscienza". Nell'ipotesi in cui un soggetto eserciti una funzione pubblica e sia quindi chiamato a garantire l'esercizio di diritti da parte di terzi, lo spazio per la tutela della coscienza si riduce enormemente. Questo, come ho avuto modo di esporre sopra, non a causa di un legalismo etico che confonde il giusto con il legale, ed il legale con il dogmatico. Bensì in ragione di quella prospettiva sistematica alla luce della quale l'obiezione di coscienza deve essere interpretata. Più in generale, potremmo aggiungere, in nessun caso l'appello alla coscienza può rappresentare un salvadito per la discriminazione.

---

## *Commenti*

*Laura Tomasi\**

## **L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 – Corte d'appello di Brescia, 11 dicembre 2014**

### **Sommario**

1. La sostanziale assenza di precedenti giurisprudenziali: quali ragioni? – 2. Il primo caso italiano: i fatti di causa e il procedimento – 3. La legittimazione attiva dell'associazione ricorrente – 4. La discriminazione senza vittima individuata – 5. La qualificazione delle dichiarazioni sulla politica di assunzione, l'onere della prova e l'irrilevanza delle "preferenze" della clientela – 6. I rapporti con la libertà di espressione – 7. Conclusioni

### **Abstract**

L'articolo commenta due pronunce giurisprudenziali di applicazione del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale sancito dal d.lgs. n. 216/2003, di attuazione della direttiva 2000/78/CE istitutiva di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. L'autrice analizza la questione della legittimazione ad agire degli enti collettivi per la denuncia della discriminazione, la problematica dell'estensione della nozione di "atti discriminatori" alle dichiarazioni pubbliche in materia di assunzioni e il rapporto tra divieto di dichiarazioni discriminatorie e libertà di espressione.

*The article comments on two Italian decisions applying the prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation, set forth in Legislative Decree No 216/2003, which implements Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. The author discusses the possibility for collective bodies of being a party to judicial proceedings, the problematic extension of the concept of discriminatory acts to public declarations on recruitment policy, and the relationship with freedom of expression.*

### **1. La sostanziale assenza di precedenti giurisprudenziali: quali ragioni?**

L'introduzione di una normativa di contrasto al fenomeno della discriminazione in base all'orientamento sessuale in materia di accesso all'occupazione e condizioni di lavoro risale, in Italia, all'entrata in vigore del decreto legislativo 9 luglio 2003 n. 216, di attuazione della direttiva 2000/78/CE sulla parità

\* Magistrato, Dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referee* a doppio cieco.



di trattamento in ambito lavoristico<sup>1</sup>. Detto strumento, com'è noto, vieta le discriminazioni dirette e indirette in base alla religione, alle convinzioni personali, agli handicap, all'età e all'orientamento sessuale, in materia di condizioni di accesso all'occupazione, di orientamento e formazione professionale, di condizioni di lavoro (inclusi il licenziamento e la retribuzione), di affiliazione e attività in organizzazioni sindacali o di categoria.

Le previsioni della direttiva e del d.lgs. n. 216/2003 relative alla discriminazione in base all'età, all'handicap o alle convinzioni personali hanno trovato significativa applicazione nella giurisprudenza nazionale<sup>2</sup>. Diversamente, le disposizioni sulla discriminazione per orientamento sessuale sono venute in rilievo una sola volta, in materia di discriminazione di una persona transessuale<sup>3</sup>, e mai in relazione a discriminazioni in danno di omosessuali, fino al 2014, quando il Tribunale di Bergamo<sup>4</sup> e la Corte d'appello di Brescia<sup>5</sup>, con le pronunce qui annotate, si sono pronunciati su un caso di discriminazione derivante da dichiarazioni pubbliche in materia di politiche di assunzione.

La scarsità del panorama giurisprudenziale interno<sup>6</sup> non pare certo ascrivibile all'assenza di discriminazioni in danno alle persone omosessuali nella ricerca di un impiego o sul luogo di lavoro in Italia.

Studi statistici promossi dal Consiglio d'Europa e dall'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea dimostrano, invece, la presenza di un significativo tasso di discriminazione di gay e lesbiche sul luogo di lavoro anche in Stati europei (ad esempio, Regno Unito, o Svezia) ove sono garantiti il riconoscimento giuridico dell'unione *same-sex*, il diritto di adottare, la repressione penale dell'omofobia<sup>7</sup>.

- 1 Direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GUCE*, L 303 del 2 dicembre 2000, pp. 16 ss., su cui v. *inter alia* M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2004, pp. 775 ss. La direttiva è stata adottata in base all'art. 13 TCE (attualmente art. 19 TFUE). Dette disposizioni prevedono la possibilità per l'Unione europea di adottare, secondo la procedura legislativa speciale ivi delineata, "i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale", nonché misure di incentivazione, esclusa ogni forma di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.
- 2 V., *ex multis*, Tribunale di Roma, sentenza del 14 ottobre 2014 (licenziamento discriminatorio in base all'età); Corte d'appello di Milano, sentenza del 3 luglio 2014 (discriminazione in base all'età nella stipulazione di un contratto di lavoro intermittente) Tribunale di Bologna, sentenza del 15 aprile 2014 (licenziamento discriminatorio in base all'handicap); Corte d'appello di Roma, sentenza del 19 ottobre 2012 (discriminazione in base all'affiliazione sindacale per la mancata assunzione dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM); Tribunale di Brescia, sentenza del 29 novembre 2010 (discriminazione dei docenti-lavoratori, in base alle convinzioni personali, derivante dall'affissione negli ambienti scolastici del simbolo di un partito politico).
- 3 Con sentenza del 3 febbraio 2009, il Tribunale di Ravenna ha ritenuto illegittimo il provvedimento di cancellazione di un vigile transessuale dall'elenco del personale volontario del Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco, giudicando lo stesso fondato esclusivamente sul transessualismo dell'interessato, e perciò discriminatorio ai sensi del d.lgs. 216/2003. È interessante notare come la pronuncia abbia incluso la discriminazione fondata sul transessualismo nella nozione di "discriminazione in base all'orientamento sessuale" di cui al citato decreto legislativo, laddove la qualificazione adottata dalla Corte di giustizia Ue in materia di trattamento deteriore delle persone transessuali è solitamente quella di discriminazione in base al sesso (v. Corte di giustizia Ue, sentenza del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S e Cornwall County Council*; 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *KB*). La pronuncia è stata peraltro riformata dalla Corte d'appello di Bologna con sentenza del 20 marzo 2015. I giudici di secondo grado hanno ritenuto che il Tribunale avesse erroneamente disapplicato "in via principale" (e non incidentale), l'atto amministrativo di cancellazione dell'interessato dall'elenco del personale volontario dei Vigili del Fuoco, così eccedendo i limiti di intervento del giudice ordinario sull'atto amministrativo. I giudici d'appello hanno altresì osservato che, in specie, la cancellazione del vigile era avvenuta a motivo della condanna per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, che la dedotta discriminazione fondata sul transessualismo era sfornita di prova e che la tutela antidiscriminatoria di cui al d.lgs. 216/2003 non era stata espressamente evocata dall'interessato.
- 4 Il testo dell'ordinanza ex art. 702 bis c.p.c. è pubblicato in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.
- 5 V. il testo della sentenza in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015.
- 6 Cui possono solo palliare le lodevoli iniziative di diversi datori di lavoro, pubblici e privati (possono citarsi la Regione Friuli Venezia Giulia, l'Università degli Studi di Genova, l'Università degli Studi di Bologna, nonché, a seguito di accordi sindacali aziendali, il Gruppo Intesa San Paolo, Call & Call Holding, la Coop Adriatica, la Servizi Italia SpA, la DHL) che hanno riconosciuto ai propri dipendenti, sposati o uniti civilmente all'estero con persone dello stesso sesso, il diritto al congedo straordinario per matrimonio. Per riferimenti v. C. Caput, *Il congedo per matrimonio: perché deve estendersi anche ai lavoratori italiani coniugati o uniti civilmente all'estero con una persona del medesimo sesso*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.
- 7 Stando ai dati del Secondo Rapporto del Consiglio d'Europa sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere (*Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2011, 2nd edition, reperibile

Alla luce di tale dato, è difficile presumere l'assenza di discriminazioni in ambiente di lavoro in Italia, Paese estremamente arretrato sul piano della tutela dei diritti delle persone omosessuali, ove il pregiudizio omofobo risulta talora radicato persino nelle istituzioni dello Stato<sup>8</sup>.

L'assenza di contenzioso pare piuttosto ascrivibile al timore degli interessati che dalla denuncia della discriminazione e dalla conseguente necessità di rendere noto il proprio orientamento sessuale scaturisca una vittimizzazione ulteriore ed, eventualmente, la perdita del posto di lavoro, con impossibilità di reperire — specie in contesti di ridotte dimensioni e a forte controllo sociale — un'occupazione alternativa<sup>9</sup> e con l'eventuale "riprovazione sociale" di quanti sostengano che le ripercussioni negative nella sfera lavorativa siano sostanzialmente imputabili a chi ha deciso di denunciare la discriminazione<sup>10</sup>.

Anche l'atteggiamento inerte — registrato dalle citate ricerche statistiche europee — dei datori di lavoro che, sul fondamento di una malintesa idea del carattere "personale" e "privato" dell'orientamento sessuale omettano di sanzionare condotte di molestia<sup>11</sup> quali epiteti o battute a sfondo sessuale, costituisce un fattore deterrente alla denuncia della discriminazione<sup>12</sup>.

La peculiare situazione dell'ordinamento italiano, caratterizzata dalla mancanza di riconoscimento giuridico della dimensione relazionale, affettiva e familiare dell'omosessualità, contribuisce infine, a nostro avviso, a relegare i lavoratori omosessuali ai margini del quadro di tutela contro le discriminazioni sul luogo di lavoro.

Da un lato, infatti, l'assenza di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso è d'ostacolo all'applicazione giudiziale di alcune previsioni della legislazione e della giurisprudenza antidiscriminatoria europea. Ad esempio, la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla necessità di riconoscere ai lavoratori che abbiano contratto un'unione registrata gli stessi benefit (pensione di reversibilità, congedo straordinario) accordati ai lavoratori coniugati<sup>13</sup>, essendo fondata sulla comparabilità tra lo *status* di coniuge e quello di *partner* registrato, non pare facilmente applicabile nell'ordinamento italiano, ove l'assenza di disciplina delle unioni omosessuali non consente il giudizio di "comparabilità" con l'istituto matrimoniale<sup>14</sup>. Dall'altro lato, l'invisibilità, agli occhi del diritto, delle coppie omosessuali, rafforza,

---

al sito Internet [www.coe.int](http://www.coe.int)) hanno dichiarato di avere subito discriminazioni sul luogo di lavoro il 52% dei lavoratori LGBT intervistati nel Regno Unito e il 39% dei lavoratori gay o lesbiche intervistati in Danimarca; in Svezia, il 50% dei lavoratori gay, lesbiche o bisessuali ha dichiarato di non avere rivelato il proprio orientamento sessuale sul luogo di lavoro. Si vedano altresì i rapporti della *Fundamental Rights Agency* dell'Unione europea *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation in the EU Member States* del 2008 e *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity* del 2010, reperibili al sito Internet <http://fra.europa.eu>.

- 8 Come dimostra la recente vicenda giudiziaria del giovane sottoposto a revisione della patente di guida per "mancanza dei requisiti psicofisici" necessari per la guida di automezzi, dopo avere dichiarato di essere omosessuale alla visita di leva: v. Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015 n.1126.
- 9 In tal senso si esprime anche il citato Rapporto del Consiglio d'Europa sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Cfr. altresì F. Rizzi, *Tre lezioni dal caso Taormina: il ruolo della società civile come strumento di empowerment dei soggetti discriminati*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.
- 10 E certo non si tratta di un fattore ipotetico, se, nella sentenza della Corte di cassazione (v. nota n. 8) relativa alla revisione della patente del giovane omosessuale, si legge che l'Avvocatura dello Stato, difensore dei Ministeri della Difesa e delle Infrastrutture e dei Trasporti convenuti in giudizio, aveva affermato, onde negare il diritto al risarcimento del danno per lesione del diritto all'orientamento sessuale e alla privacy, che "era stato l'attore" a rendere pubblico il proprio caso. Così di fatto sostenendo — come giustamente rilevato dalla Corte di cassazione — che "l'eclatante pubblicità del caso si sarebbe evitata rinunciando all'esperimento dell'azione giudiziaria" e rafforzando l'attitudine alla mancata denuncia della discriminazione.
- 11 Nel senso inteso dall'art. 2, co. 3 d.lgs. n. 216/2003, ossia comportamenti indesiderati lesivi della dignità del soggetto bersaglio e forieri di intimidazione, ostilità, umiliazione e offesa.
- 12 Come rilevato anche nel citato Rapporto del Consiglio d'Europa sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere.
- 13 La Corte di giustizia, com'è noto, occupandosi dei c.d. *spousal benefits*, ossia degli emolumenti o prerogative accordati al lavoratore in considerazione della situazione familiare, in alcune pronunce rese nei confronti di Stati che prevedevano, per le coppie omosessuali, la possibilità di contrarre partnership registrate, ha ritenuto incompatibili con lo strumento comunitario normative e disposizioni di contratti collettivi nazionali che attribuivano la pensione di reversibilità al coniuge, ma non al *partner* del lavoratore deceduto (sentenza del 1° agosto 2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko*); che concedevano al *partner* una pensione complementare di vecchiaia di importo inferiore rispetto a quella concessa a un beneficiario coniugato (sentenza del 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer*); che non riconoscevano al *partner* giorni di congedo straordinario e premi stipendiali concessi ai dipendenti in occasione del matrimonio (sentenza del 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Hay*).
- 14 Si noti infatti che, ai sensi al ventiduesimo 'considerando' del preambolo, la direttiva 2000/78/CE "lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano". Detta precisazione — tradotta in un'espressa

sul piano culturale, la percezione dell'omosessualità come fatto essenzialmente privato e non come aspetto dell'identità dell'individuo da tutelare anche nella dimensione sociale, inclusa quella delle relazioni di lavoro<sup>15</sup>.

A fronte di questo quadro, le pronunce del Tribunale di Bergamo e della Corte d'appello di Brescia costituiscono innovativi e significativi precedenti, che potrebbero ingenerare una maggiore propensione delle persone omosessuali vittime di discriminazione, ma anche delle associazioni rappresentative degli interessi di queste ultime, ad agire giudizialmente in caso di violazione del principio di parità di trattamento in materia di accesso all'occupazione e condizioni di lavoro.

## 2. Il primo caso italiano: i fatti di causa e il procedimento

I fatti alla base del procedimento svoltosi innanzi al Tribunale di Bergamo e poi alla Corte d'appello di Brescia — sostanzialmente incontestati tra le parti — così risultano ricostruiti nel testo delle pronunce: nel corso della puntata del 16 ottobre 2013 della trasmissione radiofonica "La Zanzara", un noto avvocato italiano ha rilasciato una serie di dichiarazioni riguardanti l'omosessualità. In particolare, l'avvocato T. ha esordito affermando *"se la tenga lei l'omosessualità, io non ne ho alcune, né simpatia, né antipatia, non me ne frega niente, l'importante è che non mi stiano intorno" "... mi danno fastidio"*. Alla considerazione del conduttore, *"ma lei è circondato da omosessuali, lei purtroppo è circondato, purtroppo per lei, perché la quota di popolazione è sempre quella"*, l'avvocato ha replicato *"intanto io ad esempio nel mio studio faccio una cernita adeguata in modo tale che questo non accada"*. Alla domanda del conduttore *"cioè non ho capito, lei, se uno è omosessuale, non lo assume nel suo studio?"*, l'avvocato T. ha confermato *"ah sicuramente no, sicuramente no"*. Il conduttore ha quindi continuato esclamando *"ma professore, ma questa è discriminazione ... è discriminazione questa roba qua ..."* e l'intervistato ha risposto *"beh vabbè sarà discriminazione, a me non me ne frega niente"*. Nel prosieguo della conversazione, l'avvocato ha precisato di rispettare *"queste persone"*, ma all'ulteriore affermazione del conduttore *"ognuno stia a casa sua, d'accordo, ma uno che vuole lavorare da lei, lei non può mettere il paletto 'non deve essere frocio' ..."*, ha ripetuto *"no, no io metto questo paletto sì, eh c'è questo paletto, mi dispiace per lei perché credo che vorrebbe fare un po' di pratica da avvocato ma ..."*. Alla domanda del co-conduttore, che chiedeva se l'intervistato avrebbe assunto un avvocato laureato a Yale, il migliore sulla piazza, ma omosessuale, l'interessato ha risposto: *"perché lo devo prendere, faccia l'avvocato se è così bravo e così, diciamo, così capace di fare l'avvocato si apra un bello studio per conto suo e si fa la professione dove meglio crede. Da me non ... mi dispiace turberebbe l'ambiente, sarebbe una situazione di grande difficoltà"*.

A fronte di dette dichiarazioni, l'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford ha promosso ricorso ai sensi dell'art. 28 del decreto legislativo 1 settembre 2011 n. 150<sup>16</sup> e dell'art. 702 bis c.p.c., chiedendo al Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, di accertare e dichiarare il carattere discriminatorio delle citate dichiarazioni; di ordinare la pubblicazione del provvedimento su due quotidiani a tiratura nazionale; di condannare l'avvocato T. al risarcimento del danno equitativamente quantificato in euro 15.000,00; di disporre un piano di rimozione delle discriminazioni ai sensi dell'art. 28, co. 5, d.lgs. n. 150/2011.

L'avvocato T. ha sottolineato come presso il proprio studio non fosse in corso alcuna procedura di reclutamento e ha sostenuto di avere reso le dichiarazioni contestate, *"meramente astratte e facete"*, non

---

disposizione del d.lgs. n. 216/2003 (art. 3, co. 2, lett. d)) — è idonea a far sorgere dubbi interpretativi circa l'applicabilità del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale a fattispecie in cui vengano in comparazione — così come sarebbe nell'ordinamento italiano — l'attribuzione di determinati benefici retributivi a coppie sposate da un lato, e (non) a coppie omosessuali conviventi dall'altro lato. Sulla questione v. le lucide considerazioni di M.M. Winkler, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione europea: il caso Römer*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, pp. 1979 ss.

- 15 Del resto, nello stesso rapporto riassuntivo della *Fundamental Rights Agency*, intitolato *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States. Summary of findings, trends, challenges and promising practices* (2011, reperibile sul sito Internet <http://fra.europa.eu>), si legge che, in risposta a un sondaggio di Eurobarometer del 2007, il 45% degli intervistati negli Stati dell'Unione europea ha dichiarato di ritenere che non esistesse alcuna proibizione legale del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale.
- 16 Il predetto decreto legislativo, recante Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009 n. 69, ha previsto all'art. 28 che la controversie in materia di discriminazione, di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003, siano regolate dal rito sommario di cognizione di cui all'art. 702 bis c.p.c., ove non derogato dalle previsioni del medesimo art. 28. Ai sensi di queste ultime, nel procedimento in parola, di competenza del Tribunale del luogo di domicilio del ricorrente, le parti possono stare in giudizio personalmente.

in qualità di datore di lavoro, ma come privato cittadino, nell'esercizio della propria libertà di manifestazione del pensiero.

Con un'ordinanza succintamente quanto linearmente motivata, il Tribunale ha accolto il ricorso di Rete Lenford, ritenendo le dichiarazioni dell'avvocato T. idonee a dissuadere i soggetti potenzialmente interessati dal presentare le proprie candidature allo studio professionale e dunque direttamente discriminatorie ex art. 2 co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 216/2003, in quanto atte a ostacolare o rendere maggiormente difficoltoso l'accesso al lavoro delle persone omosessuali. Il Tribunale ha evidenziato, da un lato, che, data la notorietà dell'Avvocato e la conseguente risonanza delle dichiarazioni, l'effetto dissuasivo alla presentazione di candidature fosse tutt'altro che ipotetico; dall'altro lato, che il convenuto non aveva dimostrato che la prassi effettiva di assunzioni presso il suo studio fosse difforme rispetto al contenuto delle dichiarazioni<sup>17</sup>.

Quanto alle conseguenze sanzionatorie, il Tribunale ha ordinato la pubblicazione del provvedimento sul quotidiano nazionale *Il Corriere della Sera*, condannando altresì il convenuto al risarcimento del danno non patrimoniale, liquidato nella misura di euro 10.000,00 alla luce dell'ampia diffusione mediatica delle dichiarazioni, della ferma reiterazione delle affermazioni, della forza offensiva e mortificante delle stesse, della notorietà del convenuto e dell'assenza di condotte riparatorie.

L'avvocato T. ha appellato la sentenza, eccependo il difetto di legittimazione ad agire dell'associazione ricorrente, l'incompetenza funzionale del giudice adito, la nullità dell'originario ricorso, l'inesistenza di un comportamento discriminatorio diretto, l'erronea applicazione del principio dell'onere della prova. L'appellante ha altresì contestato il *quantum* accordato a titolo di risarcimento del danno dal giudice di primo grado.

Con un'articolata pronuncia adottata l'11 dicembre 2014, la Corte d'appello di Brescia ha respinto l'impugnazione, ritenendo anzitutto la competenza del giudice adito<sup>18</sup> e la legittimazione ad agire dell'associazione appellata. Nel merito, la Corte ha confermato la motivazione del giudice di primo grado, soffermandosi più ampiamente sulla nozione di discriminazione "potenziale" e sul rapporto con la libertà di espressione. Anche le sanzioni del risarcimento del danno e della pubblicazione del provvedimento, irrogate dal Tribunale di Bergamo, sono state ritenute congrue, poiché effettive e proporzionate.

Molteplici paiono i profili di interesse delle pronunce in commento: (i) la ritenuta legittimazione attiva dell'associazione ricorrente; (II) l'ampiezza della nozione di discriminazione accolta dai giudici di primo e secondo grado; (III) la qualificazione delle condotte dell'avvocato T. e la ripartizione dell'onere della prova; (IV) i rapporti tra dichiarazioni discriminatorie e libertà di espressione.

### 3. La legittimazione attiva dell'associazione ricorrente

Il ricorso all'origine delle pronunce in commento è stato promosso da Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, un'associazione di avvocati avente quale scopo statutario lo sviluppo e la diffusione della cultura e del rispetto dei diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali, transessuali e intersessuali, attraverso la promozione dello studio, della conoscenza e della difesa degli stessi.

L'associazione ricorrente ha agito ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 216/2003, che consente a organizzazioni sindacali, associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso dai comportamenti discriminatori di promuovere azione giudiziale non solo "in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione", ma anche "nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione".

La legittimazione degli enti esponenziali ad esercitare una vera e propria *actio popularis* costituisce previsione di grande rilievo nel contesto della tutela antidiscriminatoria approntata dal d.lgs. n. 216/2003. La possibilità dell'*actio popularis* costituisce infatti condizione essenziale per la sanzionabilità di condotte discriminatorie in relazione alle quali non vi sia alcun denunciante che allegghi la propria qualità di vittima.

17 Il Tribunale di Bergamo ha altresì respinto l'eccezione preliminare di nullità del ricorso, conseguente all'omessa indicazione, nell'atto di citazione, dell'avvertimento di cui all'art. 167, co. 2, n. 7) c.p.c., osservando come la parte convenuta si fosse ampiamente difesa nel merito ed escludendo pertanto qualsiasi violazione del diritto di difesa. La statuizione è stata confermata dalla Corte d'appello di Brescia.

18 La Corte d'appello ha ritenuto che, per le controversie in materia di discriminazione nell'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente o di collaborazione, anche autonoma — come quella di cui al caso sottoposto, che riguardava un rapporto di praticantato legale — sussista la competenza del giudice del lavoro, in base all'art. 409 c.p.c.



La scelta del legislatore del 2003 di prevedere un'azione antidiscriminatoria "collettiva" non era "comunitariamente obbligata". L'art. 9 della direttiva 2000/78/CE, relativo ai rimedi contro gli atti discriminatori, obbliga invero gli Stati membri a prevedere, oltre al diritto della vittima all'accesso alla tutela giurisdizionale e/o amministrativa (par. 1), il diritto di "associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate" di "avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva" (par. 2). Il tenore letterale della disposizione esclude che gli Stati membri siano obbligati a prevedere un'azione dei soggetti portatori di interessi collettivi, slegata dal mandato della vittima della condotta discriminatoria.

Con l'adozione del d.lgs. n. 216/2003 di attuazione della direttiva 2000/78/CE, il legislatore italiano ha invece autonomamente scelto di prevedere l'*actio popularis*, dapprima solo in capo alle rappresentanze sindacali, poi, con la novella dell'art. 5 adottata nel 2008, anche per le associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso dalle condotte discriminatorie<sup>19</sup>.

Nelle pronunce commentate non veniva pertanto in rilievo l'ammissibilità in astratto dell'azione contro la discriminazione collettiva. Si è invece posto l'interrogativo di stabilire se, in concreto, Rete Lenford fosse qualificabile come "associazione o organizzazione rappresentativa del diritto o dell'interesse leso", legittimata ad agire ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 216/2003. La questione è stata invero sollevata dall'avvocato T. solo in grado d'appello, ma è stata ritenuta esaminabile d'ufficio — e, pertanto, non tardiva — dalla Corte d'appello di Brescia.

L'avvocato convenuto sosteneva che l'associazione ricorrente, essendo composta da avvocati e praticanti, non fosse un ente esponenziale delle persone omosessuali, i cui diritti pur si prefiggeva di difendere, e fosse, pertanto, priva di legittimazione ad agire.

La Corte d'appello ha disatteso tale tesi, ritenendo che il tratto caratterizzante le "associazioni rappresentative del diritto o interesse leso" di cui all'art. 5 d.lgs. n. 216/2003 non sia l'appartenenza dei singoli associati alla categoria dei soggetti portatori dell'interesse difeso, bensì lo scopo di tutela di detto interesse, che le stesse si prefiggano. L'associazione Rete Lenford, perseguendo lo scopo di promuovere lo studio, la conoscenza e la difesa dei diritti (tra l'altro) delle persone omosessuali, costituiva pertanto, ad avviso dei giudicanti, un ente esponenziale legittimato ad agire ex art. 5 d.lgs. n. 216/2003.

La Corte d'appello ha sottolineato la conformità della propria interpretazione al dettato dell'art. 9 della direttiva 2000/78/CE, che individua tra i soggetti legittimati ad agire, "associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche ... che abbiano interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate". Ad avviso della Corte d'appello, la "rappresentatività" dell'associazione va intesa, alla luce dell'art. 9 della direttiva, come titolarità di un interesse legittimo (non individualizzato) all'osservanza delle disposizioni della direttiva e non come titolarità di un diritto o interesse individuale coincidente con quello degli associati.

La Corte ha altresì evidenziato la necessità di dare un'interpretazione ampia alle disposizioni nazionali che disciplinano la legittimazione ad attivare la tutela antidiscriminatoria, in ossequio al principio di leale cooperazione tra Stati membri dell'Unione europea e alla necessità di garantire, per le situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, una tutela giurisdizionale effettiva ed equivalente a quella prevista per le situazioni interne<sup>20</sup>.

La prima delle giustificazioni adottate dalla Corte d'appello a fondamento della propria interpretazione estensiva appare invero singolare: la Corte, per interpretare la disposizione nazionale (art. 5, co. 2,

19 V. il decreto legge 8 aprile 2008 n. 59 recante Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, convertito con modificazione nella legge 6 giugno 2008 n. 101. Con detto intervento normativo, il legislatore ha inteso anzitutto sanare l'incompleta attuazione della direttiva 2000/78/CE (oggetto della procedura comunitaria di infrazione n. 2006/2441) derivante dalla mancata previsione, all'art. 5, co. 1 del d.lgs. n. 216/2003, della legittimazione delle associazioni ed organizzazioni rappresentative del diritto o interesse leso ad agire *in nome e per conto* della vittima della discriminazione. Nel testo originario dell'art. 5, co. 1, infatti, gli unici soggetti legittimati, sia all'azione in rappresentanza della vittima, sia all'azione collettiva, erano le rappresentanze sindacali. Il legislatore ha, tuttavia, contestualmente esteso ad associazioni e organizzazioni rappresentative la legittimazione all'*actio popularis*, strumento quest'ultimo non obbligatorio ai sensi dell'art. 9 della direttiva 2000/78/CE.

20 La Corte d'appello richiamato in proposito la pronuncia *Rewe* (Corte di giustizia Cee, sentenza del 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*), secondo cui, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta agli Stati membri stabilire le regole procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, a condizione tuttavia che dette regole non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi simili di natura interna e che non rendano, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che le giurisdizioni nazionali hanno l'obbligo di tutelare.

d.lgs. n. 216/2003) relativa all'*actio popularis* contro la discriminazione fa riferimento a una disposizione comunitaria (art. 9 della direttiva 2000/78/CE) che *non prevede*, come già rilevato, questo tipo di azione. La Corte si è limitata a utilizzare, a sostegno della propria interpretazione, il frammento dell'art. 9 che prevede la legittimazione attiva delle associazioni portatrici di un interesse generale all'osservanza della direttiva, non necessariamente coincidente con l'interesse individuale degli associati, "dimenticando" — forse volutamente — che detto frammento si inserisce in una disposizione che non consente a dette associazioni di agire al di fuori del mandato e del consenso di una vittima individuata della discriminazione.

Il rinvio all'art. 9 della direttiva non era inoltre, a rigore, necessario. Sarebbe bastato alla Corte richiamare i principi di leale cooperazione, effettività ed equivalenza nella tutela delle situazioni giuridiche comunitarie, addotti quale seconda giustificazione della propria interpretazione estensiva. Poiché infatti, come vedremo più diffusamente *infra*, la discriminazione "senza vittima" rientra nell'ambito applicativo della direttiva 2000/78/CE, la Corte d'appello avrebbe potuto limitarsi a osservare che il principio di effettività della tutela giurisdizionale del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale impone un'interpretazione estensiva del novero dei soggetti legittimati ad agire per conseguire tale tutela.

#### 4. La discriminazione senza vittima individuata

Il secondo profilo di interesse delle pronunce del Tribunale di Bergamo e della Corte d'appello di Brescia risiede nell'affermazione della sussistenza di una discriminazione in base all'orientamento sessuale, a prescindere dalla circostanza che, presso lo studio dell'avvocato T., fossero in corso procedure di reclutamento e, pertanto, indipendentemente dall'esistenza di una vittima individuata.

Il convenuto, sia in primo grado che in appello, aveva allegato che l'assenza di procedure di assunzione attuali impedisse di ravvisare alcuna fattispecie di discriminazione, avendo le proprie dichiarazioni a oggetto una situazione meramente ipotetica e astratta. In altre parole, nella tesi dell'avvocato T., la discriminazione sarebbe stata "senza vittima" e pertanto non sanzionabile.

L'argomentazione è stata respinta sia dal Tribunale, sia dalla Corte d'appello, anzitutto in base al richiamo della nozione di "discriminazione diretta" contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 216/2003. I giudici hanno evidenziato che detta disposizione qualifica come discriminazione diretta non solo la situazione in cui una persona è trattata meno favorevolmente di quanto "sia" o "sia stata" un'altra in situazione analoga, ma anche la situazione in cui una persona sia trattata meno favorevolmente di quanto "sarebbe trattata" un'altra in situazione analoga, introducendo dunque una nozione di comparazione sia attuale, sia ipotetica al fine dell'accertamento della condotta discriminatoria.

In verità, il mero rinvio al dato letterale dell'art. 2, co. 1, lett. a) non appare dirimente al fine di ritenere inclusa nell'ambito applicativo della tutela la fattispecie oggetto di causa. La disposizione introduce, invero, un *termine di comparazione ipotetico* per verificare la sussistenza della discriminazione (la persona che "sarebbe stata" trattata diversamente), ma sembra pur sempre esigere la presenza di una condotta rivolta nei confronti di una persona determinata (la persona che "è trattata" in modo meno favorevole).

Più convincente, e dirimente, è stato invece il riferimento dei giudici di primo grado e d'appello alle sentenze *Feryn*<sup>21</sup> e *Accept*<sup>22</sup> della Corte di giustizia, le quali hanno ritenuto incluse nell'ambito applicati-

21 Corte di giustizia Ue, 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn*, su cui v. R. Cisotta, *Il principio di non discriminazione in base alla razza e all'origine etnica nella sentenza 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn*, in *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, I. Castangia, G. Biagioni (a cura di), Napoli, 2011, pp. 167 ss.; L. Fabiano, "Le parole come pietre" nel diritto antidiscriminatorio comunitario, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 2054 ss.; R. Krause, *Case C-54/07, Centrum voor gelijkheid van sanse en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 917 ss.; F. Savino, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, pp. 243 ss.

22 Corte di giustizia Ue, sentenza del 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Accept*, in *Articolo29* [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) e su cui v. L. Calafà, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2014, pp. 133 ss.; M. Castellaneta, *Se un dirigente di calcio fa dichiarazioni omofobe il club deve provare l'assenza di discriminazione. Spetta agli Stati membri prevedere sanzioni effettive e proporzionate*, in *Guida al diritto*, 21/2013, pp. 88 ss.; Ž. Nendl, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Arrêts «Asociația Accept»*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2013, pp. 366 ss.

vo dei divieti di discriminazione, rispettivamente previsti dalle direttive 2000/43/CE<sup>23</sup> e 2000/78/CE, dichiarazioni pubblicamente rese da soggetti titolari o comunque rappresentativi di imprese, concretatisi nell'esternazione di non voler assumere persone di una determinata origine etnica (caso *Feryn*) od orientamento sessuale (caso *Accept*).

Merita evidenziare come l'inclusione di dette fattispecie nell'ambito applicativo delle citate direttive fosse tutt'altro che scontata, alla luce della circostanza che le stesse non prevedono l'*actio popularis* tra i rimedi giurisdizionali obbligatori contro la discriminazione<sup>24</sup>. Sia l'art. 7 della direttiva 2000/43/CE, sia l'art. 9 della direttiva 2000/78/CE obbligano infatti gli Stati membri a garantire il diritto d'azione alla vittima della discriminazione e agli enti esponenziali, ma solo ove essi agiscano "per conto o a sostegno" e con il consenso della vittima. Ciò poteva far desumere l'inapplicabilità delle direttive alle discriminazioni senza vittima individuata. Se, infatti, *ubi ius, ibi remedium*, dall'assenza del *remedium* avrebbe potuto trarsi l'inesistenza dello *ius*.

Sennonché, l'esclusione delle discriminazioni "senza vittima" dall'ambito applicativo delle direttive e la conseguente inoperatività del divieto di discriminazione in relazione a dichiarazioni/offerte di assunzione non ancora concretatesi in effettivi processi di selezione dei candidati, comporterebbe di fatto la possibilità, per i datori di lavoro, di disincentivare preventivamente le candidature di soggetti di una determinata origine etnica, od orientamento sessuale (o aventi una delle altre caratteristiche protette dalle direttive: religione, convinzioni personali, handicap, età) "semplicemente rendendo pubblico in anticipo, nel modo più chiaro possibile, il carattere discriminatorio della loro politica di assunzione"<sup>25</sup>. E detto effetto disincentivante pare tutt'altro che ipotetico, essendo irrealistico supporre che qualcuno si candidi a un posto di lavoro sapendo in anticipo di non avere possibilità di essere assunto a causa del proprio orientamento sessuale, origine etnica, religione, convinzioni personali, età o handicap. L'assenza di vittime individuate non consente di qualificare detta tipologia di discriminazioni come "senza vittima" e meramente potenziali, posto che l'annuncio di politiche di assunzione volte a escludere soggetti con determinate caratteristiche personali sortisce di per sé un effetto dissuasivo alla presentazione di candidature e integra dunque un trattamento meno favorevole di detti soggetti. La discriminazione "senza vittima" è dunque, in realtà, semplicemente una discriminazione "senza vittima individuata".

Dette considerazioni<sup>26</sup> hanno indotto la Corte di giustizia a valorizzare, nella sentenza *Feryn* del 2008, l'obiettivo della direttiva 2000/43/CE di assicurare una partecipazione più attiva sul mercato di lavoro (ottavo 'considerando') nonché l'art. 3, par. 1, lett. a) dello strumento<sup>27</sup>, che ne sancisce l'applicabilità ai criteri di selezione e alle condizioni di assunzione, per includere nel divieto di discriminazione ivi sancito le dichiarazioni pubblicamente rese dal titolare di un'impresa belga specializzata nella vendita e installazione di porte basculanti, di voler reclutare unicamente operai belgi, stante la reticenza dei clienti a far accedere alle proprie abitazioni operai stranieri.

La Corte ha rifiutato di far discendere, dalla mancata previsione dell'*actio popularis* all'art. 7 della direttiva, l'inapplicabilità della stessa alle discriminazioni senza vittima individuata, affermando che la disposizione detta solo una "prescrizione minima" sui rimedi giurisdizionali obbligatori contro la discriminazione in base all'origine etnica. L'art. 7 pertanto — ha concluso la Corte — "non si oppone in alcun modo" a che ciascuno Stato membro riconosca agli enti esponenziali la possibilità di adire l'autorità giurisdizionale anche "senza agire in nome di un denunciante determinato ovvero in mancanza di un denunciante identificabile"<sup>28</sup>.

L'orientamento espresso nella sentenza *Feryn* è stato successivamente applicato dalla Corte di giustizia alla discriminazione in base all'orientamento sessuale nel caso *Accept* del 2013, relativo a una fattispecie in cui l'ex azionista di riferimento di una società calcistica aveva dichiarato di non voler ingaggiare un determinato giocatore gay, il quale non aveva promosso alcuna azione a tutela della propria posizione, né aveva dato mandato in tal senso all'associazione *Accept*.

23 Direttiva n. 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *GUCE*, L 180 del 19 luglio 2000, pp. 22 ss.

24 *V. supra*, par. 2.

25 Così le Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, 12 marzo 2008, causa C-54/07, *Feryn*, punto 17.

26 Espresse dall'Avv. gen. Poiares Maduro nelle citate conclusioni relative alla causa *Feryn*: v. in particolare punti 8-19.

27 L'Avv. gen. Poiares Maduro aveva altresì richiamato nelle proprie conclusioni il dodicesimo 'considerando' al preambolo della direttiva, il quale pone l'obiettivo di "assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica".

28 Sentenza *Feryn* cit., punto 27. In altri termini, per riprendere l'espressione utilizzata dall'Avv. gen. Poiares Maduro, "l'ambito del comportamento discriminatorio vietato dalla direttiva è una cosa; altra cosa è la portata dei meccanismi di esecuzione e dei rimedi specificamente prescritti dalla direttiva" (conclusioni cit., punto 14).

La Corte di giustizia ha affermato che l'esistenza di una discriminazione diretta i sensi all'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 78/2000/CE non presuppone che sia identificabile un denunciante che alleggi la qualità di vittima. Essa ha altresì ribadito l'impossibilità di escludere la fattispecie dall'ambito applicativo della direttiva sul presupposto della mancata previsione dell'obbligatorietà dell'*actio popularis*, sottolineando che lo strumento comunitario appronta solo uno *standard* minimo di tutela, rispetto a cui gli Stati membri sono liberi di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli.

La Corte, muovendosi all'interno del consueto paradigma<sup>29</sup> di tutela dei diritti fondamentali — quale è quello a non essere discriminati in base all'orientamento sessuale<sup>30</sup> — attraverso l'uso degli strumenti di creazione e funzionamento del mercato interno — in specie, l'obiettivo di creare le condizioni per un mercato del lavoro favorevole all'integrazione sociale — ha dunque colmato la lacuna del sistema di tutela delle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, derivante dalla mancata previsione di un rimedio giurisdizionale contro le discriminazioni senza vittima individuata. Introducendo una divaricazione tra ambito applicativo del diritto alla non discriminazione, e sistema della tutela giurisdizionale di detto diritto, la Corte ha conseguito l'effetto di obbligare gli Stati membri che prevedano l'*actio popularis* antidiscriminatoria ad apprestare tutela giurisdizionale alle discriminazioni collettive<sup>31</sup>. E a tale obbligo si sono puntualmente attenuti i giudici italiani nel caso in commento.

In proposito, pare che la scelta del peso rispettivo da attribuire ai precedenti comunitari *Feryn* e *Accept* sia stata meglio ponderata dalla Corte d'appello di Brescia che non dal Tribunale di Bergamo.

Quest'ultimo ha infatti richiamato il solo caso *Accept*, operando una mera citazione del precedente *Feryn*. In realtà, a ben vedere, il caso *Accept*, pur pertinente in quanto relativo alla discriminazione in base all'orientamento sessuale e all'interpretazione dell'ambito applicativo della direttiva 2000/78/CE, era relativo a una fattispecie diversa da quella dedotta nel ricorso dell'associazione Rete Lenford, in quanto involgente dichiarazioni rese nei confronti di un soggetto determinato — il quale non aveva ritenuto di contestarle — e non invece a una fattispecie senza vittima individuata. Sotto questo profilo, il caso *Feryn*, estensivamente richiamato dalla Corte d'appello di Brescia, meglio si attagliava alla fattispecie oggetto di causa, ove non vi erano vittime determinate. E, difatti, la Corte d'appello ha potuto escludere la rilevanza dell'assenza di procedure di assunzione in corso presso lo studio dell'avvocato T., proprio rifacendosi alla sentenza *Feryn*. La Corte ha in proposito evidenziato come non fosse necessaria, ai sensi di detta giurisprudenza, la produzione di "singoli effetti dannosi già concretamente realizzati", dovendo la condotta discriminatoria essere apprezzata in ragione della sua potenzialità lesiva, piuttosto che delle conseguenze concrete<sup>32</sup>. E la potenzialità lesiva era presente nel caso di specie, in cui la notorietà dell'avvocato T. e la diffusività delle dichiarazioni, rese nel corso di una trasmissione radiofonica a copertura nazionale, consentivano di attribuire alla condotta dell'interessato un effetto dissuasivo "tutt'altro che ipotetico"<sup>33</sup>, come condivisibilmente statuito dai giudici di primo grado e d'appello.

29 Paradigma applicato nell'ampio filone giurisprudenziale relativo alla protezione del diritto al rispetto della vita familiare quale condizione per l'esercizio effettivo della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea: v. per tutti il risalente ma sempre significativo precedente di Corte di giustizia Ue, 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*.

30 V. art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

31 Per effetto delle pronunce *Feryn* e *Accept*, le direttive antidiscriminatorie 2000/43/CE e 2000/78/CE diventano dunque strumenti "a geometria variabile": le discriminazioni senza vittima individuata, benché in linea di principio vietate, saranno concretamente sanzionabili solo in quegli Stati membri che prevedano l'*actio popularis* antidiscriminatoria (v. sul punto R. Krause, *Case C-54/07* cit., p. 928, il quale definisce il risultato della pronuncia *Feryn* in termini di creazione di una *lex imperfecta*). Non pare che l'effetto delle sentenze sia di "imped[ire] la distorsione di concorrenza che potrebbe verificarsi [...] qualora esistessero norme diverse di tutela contro le discriminazioni a livello nazionale" (così, invece, le conclusioni dell'Avv. gen. Poiares Maduro cit., punto 18). Al contrario, la giurisprudenza della Corte, unita al dato della non obbligatorietà comunitaria dell'*actio popularis*, pare condurre a un sistema di tutela differenziata della discriminazione "senza vittima" nei diversi Stati membri, a seconda che gli stessi prevedano o meno l'azione collettiva.

32 V. Corte d'appello di Brescia, sentenza citata, p. 23. I giudici d'appello, come del resto il Tribunale di Bergamo in primo grado, hanno peraltro giustamente sottolineato come il reclutamento di personale presso gli studi legali non avvenga normalmente tramite formale procedura di assunzione, bensì mediante invio di *curriculum*.

33 V. Tribunale di Bergamo, sentenza citata.



## 5. La qualificazione delle dichiarazioni sulla politica di assunzione, l'onere della prova e l'irrilevanza delle "preferenze" della clientela

Un terzo elemento d'interesse delle pronunce in commento risiede nella "doppia qualificazione" delle dichiarazioni dell'avvocato T., come atto discriminatorio in sé e come indizio di una politica di assunzioni discriminatoria.

Il Tribunale di Bergamo e la Corte d'appello di Brescia hanno dapprima ritenuto che le dichiarazioni dell'avvocato T. costituissero di per sé un comportamento discriminatorio, seguendo l'orientamento adottato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Feryn*<sup>34</sup>.

Nel prosieguo delle pronunce, tuttavia, i giudici di primo e secondo grado, soffermandosi sulla questione della ripartizione dell'onere della prova, hanno affermato che, a fronte del contenuto discriminatorio delle proprie dichiarazioni, l'avvocato T. era onerato di dimostrare che la prassi effettiva di assunzione nel proprio studio professionale non corrispondesse al contenuto delle stesse, secondo il regime probatorio di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011. Ai sensi di detta disposizione, infatti, quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico<sup>35</sup>, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione<sup>36</sup>.

A rigore, se la dichiarazione di non voler assumere persone aventi determinate caratteristiche costituisce una discriminazione in sé, non dovrebbe assumere rilevanza, ai fini della prova liberatoria, la circostanza che, effettivamente, il datore di lavoro annoveri tra i propri dipendenti persone appartenenti alla minoranza rappresentata come non gradita, o abbia, in altre occasioni, effettuato selezioni conformi al principio di parità di trattamento. La dichiarazione, una volta resa pubblica e percepita dai potenziali candidati, già produce l'effetto di dissuadere/escludere dalle possibili candidature — e, pertanto, dal mercato del lavoro — gli appartenenti al gruppo che ne è oggetto. Questi, infatti, potrebbero desistere senz'altro dal presentare le proprie candidature, non essendo a conoscenza, né essendo tenuti a esserlo, delle concrete politiche di assunzione operate dal dichiarante, e della composizione della sua forza lavoro. L'effetto di esclusione opera, dunque, a prescindere dalla circostanza che tra i soggetti già assunti da determinato datore di lavoro vi siano persone appartenenti alla minoranza "non gradita". Non vale pertanto a dimostrare l'assenza di discriminazione la circostanza che la forza lavoro del dichiarante sia composta anche da soggetti appartenenti al gruppo oggetto della dichiarazione di non gradimento.

Ammettere che il dichiarante possa fornire la prova negativa della discriminazione con riferimento alla propria politica di assunzione e alla composizione della propria forza lavoro, significa, invece, considerare le dichiarazioni di non voler assumere non come una discriminazione in sé, ma come un indizio della sussistenza di una politica di assunzione discriminatoria. Nel caso di specie, l'avvocato T. non aveva nemmeno allegato né offerto di provare che la propria politica di assunzioni contraddicesse il contenuto delle proprie dichiarazioni. A nostro avviso, tuttavia, ove l'avvocato avesse dimostrato di seguire effettivamente una politica di assunzioni rispettosa della diversità di orientamenti sessuali, ciò avrebbe permesso di confutare la presunzione di discriminatorietà della politica di assunzioni, ma non avrebbe consentito di elidere il disvalore, in termini di discriminatorietà *ex se*, delle dichiarazioni rese.

Leggendo nel loro complesso le sentenze commentate, se ne trae che il Tribunale di Bergamo e la Corte d'appello di Brescia hanno qualificato le dichiarazioni dell'avvocato T. sia come atto discriminatorio in sé (prima qualificazione), sia come indizio di una politica di assunzione discriminatoria (seconda qualificazione), ma hanno delineato il contenuto della prova liberatoria a carico del datore di lavoro solo con riferimento alla seconda delle qualificazioni.

Questa non perfetta coerenza tra la qualificazione della dichiarazione di non voler assumere (anche) come discriminazione diretta *ex se* e il contenuto della prova liberatoria (delineato solo con riferimento alla qualificazione della dichiarazione come indizio di una politica di assunzione discriminatoria) era del resto presente anche nella sentenza *Feryn*, ove la Corte di giustizia ha pure operato una "doppia qua-

34 V. sentenza *Feryn* cit., punto 28 della motivazione e punto 1 del dispositivo.

35 I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata: art. 28 d.lgs. n. 150/2011.

36 La disposizione ha sostituito, dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2011, il co. 4 dell'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003, il quale prevedeva: "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione".

lificazione" delle dichiarazioni contestate<sup>37</sup>, senza tuttavia, a nostro avviso, correttamente individuare quale dovesse essere l'oggetto della prova liberatoria nella prospettiva della discriminatorietà in sé delle dichiarazioni stesse.

Forse rendendosi conto della contraddittorietà/incompletezza di detta orientamento, nella successiva sentenza *Accept*, la Corte di giustizia ha abbandonato la qualificazione delle dichiarazioni pubbliche di non voler assumere persone appartenenti a un determinato gruppo come atto discriminatorio in sé, mantenendo unicamente la qualificazione di indizio di una politica di assunzioni discriminatoria, rispetto al quale il datore di lavoro può fornire la prova liberatoria con riferimento alla propria politica di assunzioni.

La scelta operata nella sentenza *Accept* quanto alla qualificazione delle dichiarazioni contestate appare tuttavia riduttiva, non tenendo conto del possibile carattere lesivo in sé delle dichiarazioni, le quali ben possono indurre i potenziali interessati a non offrirsi come candidati per un posto di lavoro in una determinata impresa che pur annoveri tra la sua forza lavoro individui appartenenti al gruppo presentato come non gradito. Come evidenziato dall'Avvocato generale Poiarés Maduro nelle conclusioni relative alla causa *Feryn*, "in tutte le procedure di assunzione, la principale «selezione» ha luogo tra coloro che si presentano e coloro che non lo fanno. Non ci si può legittimamente aspettare che qualcuno si candidi a un posto di lavoro se sa in anticipo che, a causa della sua origine razziale o etnica, non ha alcuna possibilità di essere assunto"<sup>38</sup>. Pertanto "il datore di lavoro, manifestando pubblicamente la propria intenzione di non assumere persone di una determinata origine razziale o etnica, esclude tali persone dalla procedura di assunzione e dall'occupazione presso la propria azienda. Egli non si limita a parlare di discriminazione, bensì discrimina. Non si limita a pronunciare parole, bensì compie un «atto linguistico» («speech act»)<sup>39</sup>".

A nostro avviso, la Corte di giustizia avrebbe dovuto mantenere, nel caso *Accept*, la "doppia" qualificazione, operata nella causa *Feryn*, della dichiarazione di non voler assumere come atto discriminatorio in sé e come indizio di una politica di assunzione discriminatoria, ed articolare con maggiore precisione il contenuto della prova liberatoria a carico del datore di lavoro, suscettibile di variare in ciascuna delle due prospettive.

Rispetto alla qualificazione della dichiarazione come atto discriminatorio in sé, il contenuto della prova liberatoria non potrà che riguardare la valutazione della concreta potenzialità lesiva (ossia dissuasiva rispetto agli aspiranti candidati a un determinato posto di lavoro) delle dichiarazioni stesse. Dalla stessa sentenza *Feryn*, nonché nelle sentenze qui commentate, si ricava infatti che, per essere ritenuta un atto discriminatorio, siffatta dichiarazione deve avere una seria potenzialità lesiva<sup>40</sup>, da verificare nel caso concreto, avuto riguardo alla qualità del soggetto dichiarante (notorietà, posizione ricoperta nell'ambito dell'organizzazione datoriale), al tenore delle dichiarazioni stesse, alla diffusività, in funzione del mezzo di comunicazione adottato, nonché, aggiungiamo, all'eventuale adozione di dichiarazioni di smentita in un tempo ragionevolmente breve da far venire meno l'effetto dissuasivo sui potenziali candidati. Proprio sulla base degli elementi appena citati potrebbe articolarsi la prova liberatoria a carico del datore di lavoro, che dovrebbe avere a oggetto l'assenza di serio effetto dissuasivo delle dichiarazioni rese.

Rispetto alla qualificazione (aggiuntiva) delle dichiarazioni come indizio di una politica di assunzioni discriminatoria, la prova liberatoria a carico del datore di lavoro riguarderà il concreto contenuto della propria politica di assunzione, e, principalmente, la presenza, nella forza lavoro, di soggetti appartenenti alla minoranza rappresentata come non gradita. Poiché la prova di detto elemento potrebbe non essere fornibile dal datore di lavoro, per ragioni di tutela della *privacy* di quei dipendenti che non intendano di palesare, nel contesto di un procedimento giudiziario, il proprio orientamento sessuale, deve ammettersi la possibilità di dimostrare la correttezza della politica di assunzioni anche mediante altri indizi concordanti, quali, ad esempio, l'esistenza di specifiche regolamentazioni aziendali in materia di parità di opportunità nelle assunzioni oppure, ove le dichiarazioni siano state rese da soggetto diverso dal titolare dell'impresa, la presa di distanza di quest'ultimo e la stigmatizzazione del comportamento<sup>41</sup>.

Va infine aggiunto che la discriminazione in base all'orientamento sessuale nella selezione dei candidati a un determinato posto di lavoro non potrebbe mai essere giustificata in base alle preferenze della clientela di una determinata impresa o associazione professionale.

37 V. punti 1 e 2 del dispositivo della sentenza, come notato da R. Krause, *Case C-54/07 cit.*, p. 924.

38 Conclusioni cit., punto 15.

39 Conclusioni cit., punto 16.

40 Cfr. sul punto, con riferimento alla sentenza *Feryn*, R. Krause, *Case C-54/07 cit.*, p. 925.

41 In tal senso v. sentenza *Accept cit.*, punto 58.

Ai sensi degli artt. 2 par. 5 e 4 della direttiva, l'adozione di misure comportanti una differenza di trattamento in base all'orientamento sessuale può essere giustificata solo ove necessaria "in una società democratica", "alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui", oppure ove una determinata attività lavorativa o il suo contesto esigano "requisiti essenziali e determinanti" non riscontrabili nella categoria "discriminata", purché le misure siano proporzionate a uno scopo legittimo.

Eventuali reticenze della clientela di un'impresa, fondate sul pregiudizio nei confronti delle persone omosessuali, non assurgono evidentemente a "diritti" tutelabili ai sensi dell'art. 2, par. 5, della direttiva, trattandosi piuttosto di condotte omofobe, nel senso inteso dalle Risoluzioni del Parlamento europeo del 2006 e 2012, ossia denotanti una paura e un'avversione irrazionale, basata sul pregiudizio, nei confronti degli omosessuali<sup>42</sup>.

Nemmeno è poi possibile demandare alla clientela il giudizio circa l'indispensabilità della non-omosessualità come requisito per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa — giudizio la cui fondatezza pare del resto di per sé esclusa — di talché l'eventuale reticenza della clientela non potrebbe giustificare la discriminazione nemmeno ai sensi dell'art. 4 della direttiva.

Come giustamente notato dall'Avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni della causa *Feryn*, la circostanza che la clientela di una determinata impresa nutra pregiudizi nei confronti di una minoranza (ad esempio, gli omosessuali) non solo è irrilevante per escludere la discriminazione, ma dimostra anzi la necessità dell'intervento del legislatore per promuovere, mediante l'introduzione del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, un cambiamento culturale non conseguibile attraverso l'autoregolamentazione dei mercati<sup>43</sup>.

## 6. I rapporti con la libertà di espressione

Ultimo profilo d'interesse della pronunce in commento, invero oggetto di compiuta indagine solo da parte della Corte d'appello di Brescia, è quello del rapporto tra dichiarazioni sulle persone omosessuali e libertà di espressione. Si tratta di un profilo non espressamente affrontato nemmeno nelle sentenze *Feryn* e *Accept* della Corte di giustizia.

L'avvocato T. ha allegato, in grado d'appello, che l'estensione dell'ambito applicativo della tutela antidiscriminatoria alle dichiarazioni rese in assenza di procedure di assunzione fosse contraria alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione e ha prospettato questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 2, lett. a) e b) e 3, lett. a) del d.lgs. n. 216/2003<sup>44</sup>.

La Corte d'appello ha anzitutto, e correttamente nostro avviso, escluso che le dichiarazioni in questione potessero essere qualificate come rese da un privato cittadino, nell'esercizio della propria libertà di manifestazione del pensiero, come sosteneva l'avvocato appellante. La Corte ha sottolineato che, nel fare riferimento alle assunzioni presso il proprio studio, è stato proprio l'avvocato T. a "proporsi quale datore di lavoro e a manifestare, in questa qualità, la propria politica di assunzione discriminatoria"<sup>45</sup>.

La Corte ha poi evidenziato come la direttiva 2000/78/CE, di cui il d.lgs. n. 216/2003 costituisce attuazione, sia pienamente conforme ai principi di cui agli articoli 2, 3, 4, 35 della Costituzione. Includendo le dichiarazioni contestate nell'ambito applicativo del d.lgs. n. 216/2003 e della direttiva 2000/78/CE, la Corte ha potuto, dunque, porre in bilanciamento la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. con i diritti costituzionalmente garantiti alla dignità della persona, all'eguaglianza e non discriminazione, al lavoro, per concludere, forse un po' sinteticamente, che "è ... evidente che la libertà

42 V. Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006 sull'omofobia in Europa e Risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa, reperibili al sito Internet [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

43 V. Conclusioni cit., punto 18: "l'affermazione del sig. Feryn secondo cui i clienti sarebbero maldisposti nei confronti dei lavoratori di una determinata origine etnica è del tutto irrilevante rispetto alla questione dell'applicabilità della direttiva. Quand'anche tale affermazione corrispondesse al vero, essa dimostrerebbe solo che «i mercati non cureranno la discriminazione» e che l'intervento del legislatore è essenziale".

44 L'art. 2, co. 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 216/2003 contiene la già ricordata definizione di discriminazione diretta; l'art. 3, co. 2 lett. a) sancisce l'applicabilità della tutela antidiscriminatoria all'accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione.

45 Corte d'appello di Brescia, sentenza citata, p. 27.

di manifestazione del pensiero non può spingersi fino a violare altri principi costituzionalmente tutelati ... che stanno alla base delle norme ... in materia di discriminazione nell'accesso all'occupazione".

La Corte d'appello pare quindi collocare le dichiarazioni dell'avvocato T., in linea di principio, nell'ambito applicativo della tutela della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., pur ritenendo detto diritto recessivo rispetto a quelli di cui agli artt. 2, 3, 4 e 35 Cost.

Detta tecnica di bilanciamento presenta significative assonanze con quella adottata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nel caso *Vejdeland ed altri c. Svezia*<sup>46</sup>, relativo alla denunciata violazione della libertà di espressione tutelata dall'art. 10 CEDU, per la condanna per il reato di incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico, previsto dall'ordinamento svedese, di quattro soggetti che avevano depositato, negli armadietti degli studenti di una scuola secondaria superiore, volantini nei quali definivano l'omosessualità una "tendenza sessuale deviante".

Nella pronuncia *Vejdeland*, la Corte europea ha ritenuto che la condanna dei ricorrenti costituisse un'interferenza nel diritto alla libertà di espressione sancito dall'art. 10, par. 1 CEDU, così mostrando di includere, in linea di principio, il discorso omofobico nell'ambito applicativo della disposizione<sup>47</sup>. I giudici di Strasburgo hanno tuttavia considerato che l'interferenza nella libertà di espressione, oltre che prevista dalla legge, fosse necessaria e proporzionata all'obiettivo di tutelare i diritti delle persone omosessuali. La Corte ha in particolare ritenuto giustificata la limitazione della libertà di espressione anche in assenza di incitamento alla violenza nei confronti degli omosessuali, considerando sufficiente a fondare l'intervento repressivo delle autorità statali la circostanza che le dichiarazioni contestate li insultassero, ridicolizzassero e diffamassero. La Corte ha, inoltre, attribuito particolare importanza al fatto che i volantini fossero stati distribuiti a dei giovani studenti, tra l'altro non in grado di rifiutarli per le modalità con le quali erano stati consegnati (immissione negli armadietti personali)<sup>48</sup>.

È interessante notare che la sentenza *Vejdeland* ha suscitato perplessità<sup>49</sup>, proprio in relazione alla scelta della Corte di Strasburgo di considerare legittima la limitazione della libertà di espressione derivante dalla criminalizzazione dei discorsi omofobici che non contengano tuttavia incitazioni alla violenza, stante l'assenza di concreta offensività della condotta.

Il rapporto tra libertà di espressione e tutela della minoranza omosessuale<sup>50</sup> si pone tuttavia, a nostro avviso, in termini assai differenti in materia penale e in materia civile.

La repressione penale dell'omofobia — *sub specie* di introduzione di fattispecie incriminatrici, o di previsione di circostanze aggravanti specifiche — rischia, ad avviso di parte della dottrina penalistica<sup>51</sup> e costituzionalistica<sup>52</sup>, di collidere sia con il principio di legalità-precisione in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.), stante l'indeterminatezza della nozione di "omofobia", sia, ove fossero punite la mera propaganda di idee omofobiche o l'istigazione dell'odio omofobico non accolta, con il principio di necessaria offensività delle condotte penalmente rilevanti (artt. 25, co. 2 e 3 e 27 Cost.), determinando un'ingiustificata limitazione della libertà di espressione<sup>53</sup>.

Del tutto differente è la prospettiva in materia civile, ove, anzitutto, le esigenze di legalità-precisione e offensività si pongono in termini meno pressanti rispetto alla materia penale, essendo in gioco l'irrogazione di sanzioni inibitorie e/o risarcitorie, e non penali.

46 Corte europea dei diritti dell'Uomo, 9 febbraio 2012, *Vejdeland ed altri c. Svezia* in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

47 Diversamente, nella *concurring opinion* alla citata sentenza *Vejdeland*, i giudici Yudkivska e Villiger, hanno evidenziato che, a loro parere, le dichiarazioni omofobiche sono assimilabili all'*hate speech*, non incluso nell'ambito di garanzia dell'art. 10 CEDU.

48 Come sottolinea M. Caielli, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in questa *Rivista*, p. 54 ss., spec. par. 3, la quale ritiene che dette circostanze abbiano rivestito un peso preponderante nella decisione della Corte europea dei diritti dell'Uomo, dalla quale non è, dunque, desumibile un principio generale di compatibilità con la libertà di espressione della criminalizzazione delle dichiarazioni omofobe, a prescindere dal contesto in cui esse abbiano luogo.

49 V. ad esempio G. Riccardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, spec. pp. 29 ss. In senso adesivo rispetto alla sentenza v. invece L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 418 ss.

50 Su cui v. le perspicue considerazioni di E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 7 ss.

51 V. ad esempio F. Pesce, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015, spec. pp. 24 ss.; G. Riccardi, *Omofobia e legge penale cit.*, *passim*.

52 V. ad esempio A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?* in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013, *passim*.

53 V. sul punto le considerazioni di E. Dolcini, *Omofobi cit.*, *passim*, nonché quelle di M. Caielli, *Punire l'omofobia cit.*, spec. par. 5.



In secondo luogo, la — attenuata ma pur sempre sussistente — esigenza di circoscrivere l'ambito di operatività della tutela antidiscriminatoria, onde conseguire un congruo bilanciamento con la libertà di espressione, è soddisfatta attraverso la delimitazione dell'ambito applicativo del d.lgs. n. 216/2003 (così come della direttiva 2000/78/CE) ai comportamenti discriminatori, anche concretantisi in mere dichiarazioni, che intervengano però nel contesto di una relazione di lavoro, anche solo potenziale.

Tale contestualizzazione consente di individuare — come fatto dalla Corte d'appello di Brescia nella pronuncia qui commentata — la copertura costituzionale del divieto di discriminazione delle persone omosessuali, oltre che nei principi di dignità della persona e uguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.), anche e soprattutto nel diritto ad accedere al lavoro, tutelato dagli art. 4 e 35 Cost. Rispetto a quest'ultimo, preciso e concreto diritto, non paiono porsi i profili di problematicità insiti nel riferimento a una nozione di "dignità" in accezione sociale/collettiva (dignità delle persone omosessuali come gruppo sociale), che rischia di rimanere troppo indeterminata per legittimare la prevalenza sulla libertà di espressione<sup>54</sup>.

Va poi osservato che l'ancoraggio della tutela antidiscriminatoria al valore costituzionale dell'uguaglianza intesa in senso sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.), problematica sul piano penalistico stante l'inammissibilità di una funzione promozionale del diritto penale<sup>55</sup>, pare invece predicabile in materia civile, alla luce della funzione, riconosciuta allo Stato post-liberale, di tutelare i diritti con misure "negative", ma anche di rimuovere le disuguaglianze e di promuovere comportamenti socialmente desiderabili<sup>56</sup>.

Infine, l'esigenza di scongiurare che, anche in materia civile, vengano sanzionate come discriminazioni nell'accesso al lavoro mere dichiarazioni dall'effetto del tutto ipotetico, è garantita dalla necessità, enucleabile dalla giurisprudenza comunitaria (sentenza *Feryn*) e dalle decisioni qui commentate, che le dichiarazioni producano un serio effetto dissuasivo alla partecipazione attiva dei destinatari al mercato del lavoro.

## 7. Conclusioni

Le sentenze del Tribunale di Bergamo e della Corte d'appello di Brescia costituiscono la riprova delle possibilità offerte dalla normativa antidiscriminatoria di sanzionare condotte che, lungi dal costituire legittima espressione della libertà di pensiero, si appalesano francamente discriminatorie, anche mediante l'intervento di associazioni che "sopperiscono alla mancanza di forza (intesa come potere politico, economico, culturale) dei singoli e dei gruppi discriminati, fungendo quindi da vero e proprio veicolo di *empowerment* per questi ultimi e contribuendo alla realizzazione di un modello sociale solidaristico"<sup>57</sup>.

Resta aperto l'interrogativo se sia possibile per gli enti esponenziali agire in proprio solo nei casi di discriminazione senza vittima individuabile, oppure anche nei casi in cui la discriminazione abbia a oggetto una vittima individuata, la quale tuttavia non abbia ritenuto di attivare la tutela giurisdizionale, né personalmente, né conferendo mandato agli enti stessi (situazione quest'ultima verificatasi nella citata causa *Accept* decisa dalla Corte di giustizia). Benché il tenore letterale dell'art. 5 del d.lgs. n. 216/2003 non consenta di escludere detta possibilità, a nostro avviso va ritenuto che la facoltà, per gli enti collettivi, di esercitare l'*actio popularis* per la denuncia di una discriminazione con vittima individuata che non intenda procedere in tal senso, trovi comunque un limite invalicabile nell'eventuale opposizione dell'interessato.

Considerata anche la natura riparatoria e generalpreventiva delle sanzioni irrogabili all'esito del procedimento antidiscriminatorio (adozione di piani aziendali di rimozione delle discriminazioni, pubblicità dei provvedimenti di accertamento della discriminazione)<sup>58</sup>, è comunque prevedibile, ed auspi-

54 V. sul punto F. Pesce, *Omofobia* cit., p. 25 s.

55 Come rammentato, con riferimento alla repressione penale dell'omofobia, da F. Pesce, *Omofobia* cit., p. 27.

56 V. per tutti N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, spec. pp. 11 ss.

57 Così F. Rizzi, *Tre lezioni sul caso Taormina* cit.

58 Ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, la pronuncia conclusiva del procedimento antidiscriminatorio può comportare, in caso di accertata discriminazione, la condanna del convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e l'ordine di cessazione della condotta, con adozione, anche nei confronti della pubblica amministrazione, di ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, nonché la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può altresì ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentito, in caso di discriminazione collettiva, il parere dell'ente collettivo ricorrente. Ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscano, eventualmente, ritorsione ad una precedente azione

cabile, che eventuali, future iniziative giudiziarie intraprese da enti di promozione dei diritti delle persone omosessuali, oltre a conseguire la rimozione delle discriminazioni, concorrano a ingenerare tra gli interessati maggiore consapevolezza, e propensione alla rivendicazione, dei propri diritti, e a diffondere nella società comportamenti culturali orientati alla non discriminazione.

---

giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

Angioletta Sperti\*

## La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore

### Sommario

1. Premessa – 2. L'interpretazione del principio del “superiore interesse del minore” offerta dalla pronuncia nel quadro della giurisprudenza costituzionale – 3. L'applicazione del principio di eguaglianza nella sentenza in commento – 4. La sentenza in commento alla luce del diritto costituzionale comparato. Il valore “assorbente” del principio del superiore interesse del minore

### Abstract

Il commento affronta i profili di rilevanza costituzionale della sentenza del Tribunale dei Minorenni di Roma in tema di adozione del secondo genitore, mettendo in evidenza come le conclusioni cui essa perviene si pongano in linea con la giurisprudenza costituzionale in tema di adozione. In particolare, il commento si sofferma sul modo in cui nella pronuncia è inteso il principio del superiore interesse del minore e sulla valorizzazione da parte del Tribunale del principio di eguaglianza. Nell'ultima parte il commento esamina la sentenza alla luce della giurisprudenza delle corti straniere in tema di adozione del secondo genitore, osservando come l'applicazione del principio del superiore interesse del minore consenta alle corti di offrire tutela in concreto alle coppie omosessuali ed ai loro figli, tralasciando questioni di natura più generale che attengono, ad esempio, al riconoscimento del diritto alla genitorialità.

*The article focuses on the constitutional issues taken into consideration by Tribunale dei Minorenni of Rome in the case concerning second-parent adoption. It puts into evidence that Tribunal's reasoning complies with the Italian Constitutional Court's case-law on adoption. In particular, the article examines the interpretation of the “superior interest of the child” and the application of the principle of equality. In the last pages the article compares the case with foreign cases on second parent adoption, arguing that the purpose to protect the child's best interest offers the courts an opportunity to guarantee the rights of same-sex couples and of their children, without addressing more general issues such as the recognition of parenting rights of homosexuals.*

\* Associato di diritto pubblico comparato, Università di Pisa. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

## 1. Premessa

La questione risolta con la sentenza del 30 luglio 2014 n. 299 del Tribunale per i minorenni di Roma<sup>1</sup> presenta evidenti analogie in fatto ed in diritto con quelle affrontate da numerose corti, anche costituzionali e supreme, negli ultimi anni: due donne, unite da una lunga e stabile relazione — peraltro, nel caso di specie, unite in matrimonio in Spagna — hanno una figlia e, tuttavia, solo la madre biologica è riconosciuta come tale dall'ordinamento. Per questo motivo la madre sociale chiede di essere ammessa all'adozione della bambina al fine di veder legalmente riconosciuto il proprio ruolo di genitore.

Stante l'impossibilità di applicare l'art. 44, comma 1, lett. b) della L. n. 184/1983 — che consente l'adozione del figlio del coniuge — in ragione dell'impossibilità del riconoscimento del matrimonio tra le due donne nel nostro ordinamento<sup>2</sup>, il Tribunale perviene ad una soluzione innovativa<sup>3</sup>, considerando applicabile ai fini della soluzione del caso di specie l'art. 44, comma 1, lett. d) della L. n. 184/1983 relativo all'adozione in casi particolari “quando via sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

Il presente contributo si propone di sottolineare i profili di interesse di tale soluzione dalla prospettiva del diritto costituzionale e di evidenziare come essa possa essere considerata in linea con le pronunce straniere che hanno analogamente riconosciuto negli ultimi anni il diritto del secondo genitore all'adozione.

## 2. L'interpretazione del principio del “superiore interesse del minore” offerta dalla pronuncia nel quadro della giurisprudenza costituzionale

La motivazione della pronuncia è ricca ed articolata, ma essa ha il proprio nucleo centrale nella valorizzazione, nelle concrete circostanze del caso, del principio del “superiore interesse del minore”<sup>4</sup>.

Il principio trova “espressa manifestazione” — ricorda il Tribunale — nell'art. 57, n. 2. della L. n. 184/1983 ed ispira l'intera disciplina dell'adozione, in particolare l'istituto dell'adozione in casi particolari che “richiede requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante”. In particolare, osserva il Tribunale, “se l'apprezzamento e la realizzazione di tale interesse costituiscono il limite invalicabile dell'applicazione dell'istituto, essi rappresentano anche una importante chiave interpretativa dello stesso”.

Il principio del “preminente interesse del minore” — sancito anche dal diritto internazionale<sup>5</sup> — è da tempo accolto dalla giurisprudenza costituzionale<sup>6</sup>, che vi ravvisa il “centro di gravità” dell'istituto

1 La sentenza è consultabile in questa *Rivista*, 2014, 2, p. 259 ss. e in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). con note di M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è “sana e meritevole d'essere riconosciuta”* e J. Long, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*, in *Articolo29* [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

2 Tale impossibilità di estendere alla coppia omosessuale l'ipotesi di adozione in casi particolari contemplata dall'art. 44, comma 1, lett. b) della L. n. 184/1983 è conseguenza delle considerazioni espresse dalla Corte costituzionale nella sent. n. 138 del 2010 (più recentemente ribadite nella soluzione della questione relativa al cd. divorzio imposto con la sent. n. 170 del 2014) secondo cui il matrimonio deve ritenersi, nel nostro ordinamento, tradizionalmente riservato alla sola coppia di sesso diverso. Contro l'intrascribibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero, pur manifestando maggiore apertura, si è inoltre espressa la Corte di cassazione, prima sezione civile, nella ben nota sent. 15 marzo 2012, n. 4184 c in conseguenza, non già della loro inesistenza o invalidità, ma piuttosto della loro *inidoneità* a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano. Sul tema, ampiamente, le riflessioni espresse nel numero I di questa *Rivista*, in particolare nei contributi di G. Brunelli e B. Pezzini.

3 Così M. Gattuso, *ivi*.

4 Sul tema, per tutti, J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 53 ss.

5 Cfr. l'art. 3, comma 1, Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva in Italia con l. 176/1991, secondo cui “in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente” e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, par. 2 che dispone che “In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”.

6 Con riferimento al “preminente interesse del minore” in relazione all'adozione, si v. le sentenze della Corte costituzionale nn. 11/1981; 198/86; 182/1988; 536/1989; 27/1991; 282/1994; 401/1999; 268/2002.



dell'adozione<sup>7</sup>. Muovendo da una lettura coordinata degli artt. 2, 3, 30, commi 1 e 2, e 31 Cost., la Corte costituzionale intende il principio in senso lato, con riguardo non solo agli effetti giuridici o a quelli meramente materiali dell'adozione, quali stabilità e sicurezza economica, ma anche a quelli spirituali che impongono di tener conto delle istanze affettive<sup>8</sup>. Dalla necessità di assicurare tutela all'interesse del minore — così inteso — discende che la disciplina dell'adozione “deve tendere alla soluzione che sia «in concreto» ottimale per il minore”, con la conseguenza che — secondo la Corte costituzionale — da un lato, al giudice devono essere concessi poteri idonei alla sua individuazione e, dall'altro, vanno tenuti in adeguata considerazione i legami che il minore abbia instaurato in precedenza<sup>9</sup>.

La Corte ha, pertanto, valorizzato l'ampia formulazione del principio, facendone un punto di forza della disciplina dell'adozione, in particolare dell'adozione in casi particolari la quale — come ricorda anche il Tribunale nella sentenza in commento — impone di “abbandonare rigide soluzioni”<sup>10</sup>. La giurisprudenza costituzionale non ha, dunque, condiviso le considerazioni di quella parte della dottrina che in passato aveva sottolineato i rischi derivanti dal collocare, in posizione di assoluta preminenza, un principio difficile da definire in astratto e in concreto<sup>11</sup>, quale quello del “superiore interesse del minore”.

Questa lettura del principio del superiore interesse del minore — peraltro condivisa dalla giurisprudenza di legittimità<sup>12</sup> — valutato nelle circostanze concrete del caso e nel suo complesso, è accolta dal Tribunale dei Minorenni di Roma nella sentenza in commento. La pronuncia, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 1996, sottolinea, infatti, la necessità di tutelare in concreto i rapporti di fatto instauratosi con il tempo tra la minore e la co-madre: “Negare alla bambina — osserva il Tribunale — i diritti e i vantaggi che derivano da questo rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse della minore che ... occorre sempre valutare in concreto”. Da qui, dunque, il rigetto della tesi restrittiva sostenuta dal P.M.M. che ritiene di prescindere dalla valutazione dell'interesse del minore, nel presupposto che l'art. 44, comma 1, lett. d) non sia applicabile nel caso di specie data l'assenza di uno stato di abbandono della bambina.

Tuttavia, a sentenza in commento, oltre a valorizzare il “legame inscindibile” instauratosi tra la bambina e la co-madre, è attenta anche alla dimensione *sociale* dell'adozione, poiché sottolinea come la minore sia pienamente inserita nel contesto educativo e familiare. Inoltre il Tribunale interpreta il superiore interesse della bambina anche in relazione al “benessere psico-sociale dei membri del gruppo familiare”, nel presupposto che esso “non sia legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno: in altri termini — sottolinea — non sono né il numero, né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano”.

Sebbene anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 268 del 2002 (relativa al cognome dell'adottato nell'adozione in casi particolari), richiamando l'art. 2 Cost., abbia in passato valorizzato “il legame del minore col proprio passato e, perciò, con la sua identità personale come essa è stata ed è conosciuta nell'ambiente sociale”, l'attenzione alla dimensione sociale del superiore interesse del minore può essere letta come una rilevante novità della pronuncia in commento. Il Tribunale ha così compiuto un passo ulteriore verso l'affermazione del diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso, dopo che la Corte di cassazione, nel 2013, aveva qualificato come frutto di “un mero pregiudizio” il ritenere “dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata in una coppia omosessuale”<sup>13</sup>.

7 Così Corte costituzionale, sentenza n. 27/1991, § 3 cons. dir.

8 A questo riguardo, per tutti, v. Corte costituzionale, sentenze nn. 536/1989; 106/1990; 198/1996. Sull'interpretazione dell'“interesse del minore”, da accertarsi in base anche alle istanze affettive del minore, V. Pocar, P. Ronfani, *L'interesse del minore nella legge e nella pratica*, Milano, Guerini Scientifica, 1996, p. 174.

9 Corte costituzionale, sentenze nn. 11/1981 e 198/1996.

10 Corte costituzionale, sentenza n. 198/1996.

11 Cfr. A. Costanzo, *Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini*, in *Diritto di famiglia*, 1995, p. 1129 e sul punto anche E. Lamarque, *Art. 30 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Torino, Utet, 2006, p. 632 ss.

12 Cfr. in part. Cassazione civile, sezione I, sentenza 19 ottobre 2011 n. 21651, peraltro richiamata dal Tribunale dei Minorenni capitolino nella sentenza in commento; Cassazione civile, sezione I, sentenza 9 maggio 2002, n. 6633; Cassazione civile, sezione I, sentenza 16 febbraio 2002, n. 2303.

13 Cassazione civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601.

### 3. L'applicazione del principio di eguaglianza nella sentenza in commento

Merita inoltre di essere sottolineata l'attenzione del Tribunale verso il profilo della violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) che deriverebbe dal diniego dell'adozione nei confronti della co-madre.

Dopo aver richiamato la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale in tema di diritto al matrimonio per le coppie omosessuali<sup>14</sup>, il Tribunale ricorda, infatti, come la Corte abbia riconosciuto alle coppie dello stesso sesso "il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia, così come è per le unioni di fatto tra persone di sesso diverso". Dopo aver osservato, pertanto, che "il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientra nel diritto alla vita familiare"<sup>15</sup> e "anzi, ne sia una delle espressioni più rappresentative", il Tribunale conclude che "una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, un'interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d) della legge n. 184/83 che escludesse l'adozione delle coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.) fra cui la Corte costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia".

Il Tribunale valorizza, dunque, particolarmente le affermazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, traendo da esse quelle considerazioni in merito all'illegittimità di una discriminazione in base all'orientamento sessuale che, invece, la stessa Corte aveva respinto, muovendo dall'assunto che il principio dell'eguaglianza formale rappresentasse un parametro non pertinente, "in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio".

Inoltre, non va dimenticato che nella stessa sentenza n. 138/2010 la Corte costituzionale aveva desunto la diversità tra le coppie dello stesso sesso rispetto a quelle di sesso diverso proprio dall'assenza nelle prime di una "potenziale capacità procreativa"<sup>16</sup>, così accogliendo un rigido nesso tra filiazione e matrimonio<sup>17</sup> e, al tempo stesso, una posizione di chiusura verso un futuro riconoscimento del diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali<sup>18</sup>.

- 
- 14 Si v. *supra*, in nota 1. Il diritto al matrimonio, sebbene riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale come un diritto fondamentale fondato sugli artt. 2, 3, 29 Cost., e 12 Cedu (sentenze n. 445 del 2002 e n. 245 del 2011) non viene tuttavia riconosciuto dal Tribunale nella sentenza in commento.
- 15 Sul tema, anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, che sin dalla nota sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, del 24 giugno 2010, ha riconosciuto il diritto alla vita familiare ex art. 8 Cedu per le coppie omosessuali, valorizzando i legami affettivi tra persone conviventi, a prescindere dalla sussistenza di un riconoscimento giuridico tra di esse. Si v. a riguardo, C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo: Schalk e Kopf c. Austria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 239 ss.; M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 1337 ss.
- 16 Sentenza n. 138 del 2010, punto 9 cons. dir. A commento della pronuncia, nella vastissima letteratura, si v. F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); Id., *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro italiano*, 2010, I, p. 1367; M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 11, 527 ss.; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; Id., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rete Lenford*, [www.retelenford.it](http://www.retelenford.it) e in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); Id., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro Italiano*, 2010, I, 1369 sgg.; A. Ruggeri, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, 10, p. 997.
- 17 Sul punto, in particolare sul rapporto di matrimonio ex art. 29 Cost. e il rapporto di filiazione ex art. 30 Cost. si v. per tutti, B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in questa *Rivista*, 2014, 2, p. 12 ss.
- 18 Su questa considerazione nella sentenza n. 138/2010 si v. le considerazioni di A. Pugiotto, *cit.*, ma anche le osservazioni di R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali*, *cit.* e P. Veronesi, *cit.*, p. 997.

L'affermazione secondo cui l'esclusione del secondo genitore dall'adozione costituisce una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, rappresenta, quindi, un ulteriore profilo di interesse della pronuncia in commento. Peraltro, nella valorizzazione del principio di eguaglianza formale, la sentenza si pone in sintonia con l'esperienza straniera, poiché anche in altri ordinamenti sono state soprattutto le corti inferiori a valorizzare la violazione del principio di eguaglianza nelle pronunce sui diritti degli omosessuali. Al contrario, le corti costituzionali o di ultima istanza tendono spesso a trascurare il profilo della discriminazione sofferta dalle coppie omosessuali, probabilmente per il timore degli effetti a cascata che potrebbero derivare dal qualificare l'orientamento sessuale come un fattore illegittimo di discriminazione o una *suspect classification* da sottoporre al più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale<sup>19</sup>.

#### 4. La sentenza in commento alla luce del diritto costituzionale comparato. Il valore “assorbente” del principio del superiore interesse del minore

La vicenda esaminata dal Tribunale dei Minorenni di Roma presenta, come si è già ricordato in precedenza, molti punti di contatto con le questioni giunte all'esame di corti straniere negli ultimi anni.

Le Corti statali degli Stati Uniti sono state le prime ad affrontare, sin dai primi anni Novanta e ben prima del riconoscimento del matrimonio per le coppie dello stesso sesso, il tema del diritto degli omosessuali di adottare il figlio del proprio *partner*<sup>20</sup>. Nel 1992, una corte statale dello Stato di New York riconobbe, per la prima volta, il *best interest* del minore ad essere adottato dalla compagna della madre biologica<sup>21</sup>. Nel 1993, una richiesta di *second-parent adoption* fu accolta dalla Corte Suprema del Vermont che ritenne il diniego dell'adozione contrastante con l'interesse del minore e dello stesso Stato<sup>22</sup>.

Dalla metà degli anni Novanta, un analogo orientamento è condiviso dalle corti canadesi secondo cui il diniego di *second-parent adoption* per le coppie omosessuali rappresenta un'incostituzionale violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 15 della Carta canadese dei diritti<sup>23</sup>.

Negli ultimi anni, numerose corti, anche costituzionali, sono intervenute sul tema dell'adozione del secondo genitore: merita di essere ricordata, per la ricchezza delle sue argomentazioni, la sentenza del Tribunale Superiore di giustizia del Brasile del 2010 che non solo ravvisa nell'esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di adottare il figlio del coniuge un'illegittima discriminazione, ma osserva anche che “l'adozione, quando richiesta per provvedere all'interesse del bambino, come nel caso di specie, è un gesto di umanità”. Per questo motivo, conclude il Tribunale, “è tempo di abbandonare atteggiamenti ipocriti e preconcetti privi di base scientifica e di adottare una ferma posizione in difesa della priorità assoluta, sancita a livello costituzionale, di diritti di bambini ed adolescenti”<sup>24</sup>.

19 Si possono, ad esempio, richiamare i casi *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) e *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013) (entrambi consultabili in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)) della Corte Suprema degli Stati Uniti che concludono a favore del riconoscimento dei diritti degli omosessuali senza chiamare in causa la violazione del principio eguaglianza, ma anche la già citata sentenza n. 198/2012 del Tribunale costituzionale spagnolo in tema di matrimonio. Sull'assenza del principio di eguaglianza formale nell'argomentazione delle corti costituzionali o supreme si rinvia tuttavia, per ulteriori indicazioni giurisprudenziali e dottrinali, ad A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2014.

20 La prima sentenza che negli Stati Uniti riconosce il diritto al matrimonio è il caso *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530 (1993) della Corte Suprema dello Stato delle Hawaii che fu duramente avversata politicamente, tanto che il matrimonio nello Stato delle Hawaii è stato introdotto dal legislatore solo nel 2013. Il primo Stato degli Stati Uniti a dotarsi di una legge che apre il matrimonio alle coppie omosessuali fu il Massachusetts nel 2004 a seguito della ben nota sentenza della *Supreme Judicial Court* in *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (2003) di pochi mesi precedente, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

21 *Matter of Adoption of Evan*, 583 N.Y.S.2d 997 (Sur. Ct. 1992).

22 *In re Adoption of B.L.V.B.*, 27 A.L.R.5th 819 (1993). Nel caso di specie tuttavia il riconoscimento della possibilità di adottare avrebbe comunque lasciato i diritti parentali alla sola madre biologica, così come allora stabilito dalla legge statale in tema di adozione.

23 *Ontario Provincial Division Court, Adoption of K and B*, (1995) 31 CRR (2D) 151.

24 *Superior Tribunal de Justiça, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul c. LMBG, Recurso especial n. 889.852 - rs* (2006/0209137-4), 27 aprile 2010 in <http://stj.jusbrasil.com.br>, in part. § 5.3.

Le affinità la sentenza in commento ed i precedenti stranieri non si rinvencono solo nella questione oggetto del giudizio, ma anche nei principi giuridici applicati per la soluzione dei casi: anche le decisioni straniere in tema di adozione da parte delle coppie omosessuali trovano, infatti, il principale fondamento nella tutela dell'interesse del minore che non può ritenersi leso dall'adozione del secondo genitore.

Escluso "il rischio di un'alterazione effettiva della personalità del minore per il mero fatto dell'orientamento sessuale del genitore"<sup>25</sup>, è infatti proprio il "superiore interesse del bambino" — come codificato dal diritto internazionale e dalle fonti interne in tema di adozione — a consentire alle corti di superare le strettoie della normazione interna.

Il superiore interesse del bambino è inteso in senso complessivo, con riguardo non solo agli effetti meramente materiali e giuridici dell'adozione, ma anche per quanto attiene alla "stabilità, dedizione, affetto e sostegno importante per lo sviluppo del bambino"<sup>26</sup> o al contesto sociale ed educativo<sup>27</sup>. Inoltre, come nella nostra giurisprudenza, l'interesse del minore viene valutato anche nella giurisprudenza straniera in relazione alle specificità del caso concreto: come scrive il Tribunale costituzionale tedesco nel 2013<sup>28</sup>, ogni singola adozione presuppone infatti, un accertamento caso per caso.

Significativa è la sentenza della Corte Suprema di Israele del 2005<sup>29</sup> in cui la maggioranza conclude a favore dell'adozione del secondo genitore, sulla base del combinato disposto della disposizione della legge sulle adozioni che ammette l'adozione del figlio del coniuge con quella che consente — "in speciali circostanze e per ragioni che dovranno essere illustrate" — di derogare alle condizioni dell'adozione per perseguire il *best interest* del minore<sup>30</sup>. In questa pronuncia, all'opinione della maggioranza che muove da un *internal approach*, fondato sulla valutazione dell'interesse del minore alla luce delle circostanze del caso, si contrappongono le tesi della minoranza che, al contrario, muovono da premesse di principio (*principled approaches*) e negano che nel caso di specie debba prevalere il *best interest* del oppure accolgono la domanda del secondo genitore presupponendo che la coppia omosessuale sia in astratto idonea all'adozione.

Il contrasto interpretativo fra i giudici in questa pronuncia — non dissimile in fondo da quello tra P.M.M. e Collegio nella sentenza in commento — rende evidente come la preminenza del principio del superiore interesse del bambino e l'apprezzamento di esso nel caso concreto consentano alle Corti di giungere ad una risposta favorevole alle richieste dei genitori omosessuali, mettendo da parte considerazioni di natura più generale circa, ad esempio, il riconoscimento del fondamentale diritto alla genitorialità delle persone omosessuali.

Come ha ricordato il *Conseil constitutionnel* francese nella sentenza del 2013, "non si tratta in questi casi di riconoscere alle coppie omosessuali «un diritto ad avere un figlio»: le coppie dello stesso sesso

- 
- 25 Così il Tribunale costituzionale spagnolo nella sent. n. 198/2012. In questo senso anche la sopra citata sentenza del Brasile, *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul c. LMBG*, in particolare § 5.3. ("Se gli studi scientifici non indicano un danno di alcun tipo per i bambini ... e se spetta allo Stato, allo stesso tempo, garantire i loro diritti, la concessione della richiesta di adozione si impone").
- 26 Così la Corte Suprema del Sud Africa nel celebre caso *Du Toit v. The Minister of Welfare and Population Development*, Case CCT 40/01, 10 settembre 2002, in part. § 21.
- 27 Si v., ad esempio, per un apprezzamento dell'inserimento del bambino nel contesto sociale ed educativo ai fini della valutazione del superiore interesse del minore, la citata sentenza del Tribunale superiore di giustizia del Brasile, *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul c. LMBG*, in part. § 5.3 ("non bisogna dimenticare che siamo di fronte ad una consolidata situazione di fatto perché i bambini riconoscono le due donne come le loro madri sin dalla nascita e sono allevate da entrambe. C'è doppia maternità dei bambini sin dalla nascita e da essa non deriva alcun pregiudizio. I bambini studiano in una scuola privata e non vi è alcun pregiudizio nei loro confronti da parte degli altri bambini").
- 28 BverGE, 1 BvL 1/11 e 1 BvR 3247/09, sentenza del 19 febbraio 2013 (reperibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). A commento della pronuncia, F. Saitto, *Il paradosso di Zenone, ovvero dell'adozione successiva per le Unioni civili al vaglio del Bundesverfassungsgericht*, in *Diritti comparati*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it). Secondo il Tribunale costituzionale, il riconoscimento dell'adozione del secondo genitore non vincola il legislatore che potrà comunque, in principio, favorire il matrimonio rispetto ad altre comunioni di vita ai sensi dell'art. 6 GG e non sarà vincolato a riconoscere come famiglia tutte le forme di relazione tra genitori e figli, garantendo loro piena potestà genitoriale.
- 29 Corte Suprema di Israele, *Yaros Hakak v. Attorney General* del 10 gennaio 2005.
- 30 In particolare l'art. 23, sect. 3 dell'*Adoption law* di Israele recita: "*Adoption may only be done by a man and his wife together; but the court may give an adoption order to a single adopter — (1) If his spouse is the parent of the adoptee or adopted him previously*". La disposizione viene letta in combinato disposto con l'art. 25 che afferma. "*If the court finds that it is in the best interests of the adoptee, it may, in special circumstances and for reasons that it shall state in its decision, depart from the following conditions: 1) The age of the adoptee under section 2; (2) The death of the adoptee's parents and the relationship of the adopter under section 3(2); (3) An age difference under section 4; (4) The length of the test period under section 6*".



dovranno rispettare le stesse regole previste per l'adozione da parte delle coppie eterosessuali e la loro idoneità dovrà essere verificata attraverso le medesime procedure previste anche per queste ultime, assicurando sempre il rispetto del principio secondo cui l'adozione deve essere "compatibile con il migliore interesse del bambino"<sup>31</sup>. Allo stesso modo, il Tribunale spagnolo nel 2012<sup>32</sup> ha escluso che aprire all'adozione per le coppie dello stesso sesso implichi il riconoscimento di un generale "diritto di adottare", mentre il Tribunale costituzionale tedesco nel 2013 ha ritenuto che dalla tutela all'interesse del minore nel caso concreto non possano desumersi vincoli per il legislatore, né in tema di disciplina del matrimonio, né di tutela della famiglia.

Certamente queste ultime osservazioni attengono ad un piano più generale, quello della legittimità costituzionale del divieto o dell'ammissibilità dell'adozione, ma anche da esse emerge il carattere "assorbente" di un'argomentazione che prescindendo da premesse di principio, sia incentrata sull'interesse del minore inteso in senso spirituale, oltre che materiale.

Su questa linea si colloca, dunque, anche la pronuncia in commento in cui analogamente, il collegio osserva come la disciplina dell'istituto del matrimonio resti pur sempre rimessa, in base alla giurisprudenza di Strasburgo<sup>33</sup>, al margine di apprezzamento degli Stati e come, nella soluzione del caso di specie, non si tratti di riconoscere un diritto *ex novo*, ma piuttosto di evitare un pregiudizio alla minore sfruttando uno strumento — quello dell'adozione ex art. 44, co. 1 lett. d) — che si configura come una "porta aperta" verso i cambiamenti della nostra società.

In questa prospettiva non può essere a nostro parere considerata un semplice *obiter dictum* — e deve pertanto essere valorizzata — l'osservazione del Tribunale secondo cui non va stigmatizzata la genitorialità delle coppie omosessuali che è "diversa, ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta": tale considerazione è, infatti, da leggersi non in connessione con il principio del superiore interesse del minore, quanto piuttosto come una conseguenza del principio di non discriminazione verso le coppie omosessuali.

Come peraltro rilevato anche dalle corti straniere<sup>34</sup>, è infatti il principio di eguaglianza ad imporre di valutare l'idoneità della coppia omosessuale all'adozione al pari di quanto avviene per le coppie eterosessuali, ossia nelle specificità del caso concreto ed avendo riguardo all'interesse del minore.

31 *Conseil constitutionnel*, sentenza n. 2013-663, *considérants* n. 52-54 (reperibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)).

32 Lo sottolinea lo stesso giudice estensore Pérez Tremps, al § 12 della sentenza n. 198 del 2012 del Tribunale costituzionale spagnolo.

33 Cfr. *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., §§ 60-62. Nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, merita di essere ricordata, inoltre, la sentenza *X c. Austria*, 19 febbraio 2013 (Grande Camera), n. 19010/07, relativa analogamente ad un caso di *second parent adoption* in cui si sottolinea come "non sia provato che per un bambino possa essere negativo crescere con una coppia dello stesso sesso" e si ravvisa una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale verso le coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali non unite in matrimonio. Tuttavia, in questa pronuncia — pur apprezzabile per la attenzione rivolta al superiore interesse del fanciullo — tale profilo non assume rilievo autonomo nella motivazione, in quanto la Corte Edu si limita a constatare come il legislatore austriaco non avesse adeguatamente giustificato la discriminazione sulla base dell'interesse del bambino ed avesse operato scelte incoerenti fra loro relativamente all'interesse del minore (cfr. in part. § 144).

34 Tribunale costituzionale spagnolo, sentenza n. 198 /2012, § 12, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), secondo cui non può presumersi "il rischio di un'alterazione effettiva della personalità del minore per il mero fatto dell'orientamento sessuale del genitore".

Matteo M. Winkler\*

## Senza identità: il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*

... the answer to the question, Who are you? will be Cardinal's answer,  
"Allow me ... to answer you in the classic manner, and to tell you a story".  
(Hannah Arendt)

### Sommario

1. Introduzione – 2. I fatti del caso, una storia da raccontare – 3. Dalla Russia con dolore – 4. *Fraus omnia corrumpit* – 5. L'irresistibile leggerezza dell'ordine pubblico – 6. Conclusione

### Abstract

La presente nota commenta la sentenza della Corte europea dei diritti umani del 27 gennaio 2015 nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (n. 25358/12). Il caso riguarda una coppia italiana che, dopo aver atteso a lungo per l'adozione e nell'impossibilità di accedere alla procreazione assistita, ha deciso di recarsi in Russia, concordando con una madre surrogata di dare alla nascita il loro figlio. La maternità surrogata è oggetto di disciplina in Russia, ma risulta proibita in Italia, dove al rientro la coppia è stata coinvolta in una serie di processi conclusi con l'allontanamento del minore presso un'altra famiglia. La Corte stigmatizza il comportamento dell'Italia per non aver propriamente valutato l'interesse del minore e aver quindi ordinato l'allontanamento del bambino avendo riguardo solo al comportamento dei genitori intenzionali, accusati di frode e di aver aggirato il divieto di surrogazione di maternità in vigore in Italia. Questa nota suggerisce, alla luce sia dei precedenti della Corte europea, sia delle esperienze dei vari Paesi europei, che i giudici italiani dovrebbero adottare un approccio più completo con riguardo a casi aventi ad oggetto dei minori, inclusa una maggiore comprensione delle concrete questioni poste al loro esame dal caso concreto. Essi dovrebbero perciò considerare che la conservazione della famiglia esistente, anche se formatasi in violazione del divieto di surrogazione di maternità vigente in Italia, può costituire l'opzione più adeguata per proteggere gli interessi del minore — una soluzione che sfortunatamente pare contraddetta dalla giurisprudenza italiana attuale.

*The present note is a commentary to the ruling rendered by the European Court of Human Rights on 27 January 2015 in the case Paradiso and Campanelli v. Italy (no. 25358/12). The case concerned an Italian couple who, after a long wait for adoption and in the impossibility of resorting to artificial insemination, decided to go to Russia and agreed with a surrogate mother to give birth to their child. Surrogate motherhood is well-regulated in Russia, but prohibited in Italy, where the couple was then subject to a series of trials that ultimately resulted in the child's transfer to another family. The European Court reproached Italy for not having properly evaluated the best interest of the child, for it had ordered the child's transfer having uniquely in mind the conduct of the intended parents, accused of defrauding and circumventing the surrogacy prohibition in force in Italy. This commentary argues, in light of both the European Court's precedents and the experiences of various European countries, that Italian courts should adopt a more comprehensive approach towards cases involving children, including a more reasonable understanding of the concrete issues at stake, and therefore consider that the preservation of the existing family, even if formed in violation of the surrogacy prohibition in force in Italy, might be the more suitable option*

\* Assistant Professor, Tax & Law Department, HEC Paris; LL.M. Yale Law School (2007); Dottore di ricerca in diritto internazionale dell'economia, Università Bocconi. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

for protecting the child's best interests — a solution that seems still unfortunately contradicted by the current Italian case-law.

## 1. Introduzione

Da qualche settimana assistiamo all'insorgere di un vergognoso furore mediatico nei confronti dei bambini nati con tecniche di procreazione medicalmente assistita, additati a turno come «figli sintetici» od «organismi geneticamente modificati»<sup>1</sup>. Al di là del giudizio che ciascuno può farsi su tali qualificazioni, anche alla luce delle recenti modifiche normative che hanno affermato la pari dignità giuridica di tutti i nati<sup>2</sup>, vi è un caso giurisprudenziale recente che ha coinvolto proprio il nostro Paese e che si rivela in grado di fornire una risposta chiara e immediata a queste affermazioni. Proprio di questo caso si occupa la presente nota.

Si tratta della vicenda giudiziaria che ha visto coinvolti i coniugi molisani Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, i quali dopo aver atteso anni per poter adottare un bambino e dopo diversi tentativi di inseminazione artificiale andati a vuoto, hanno deciso di rivolgersi all'estero, in particolare in Russia, per accedere alla pratica della gestazione per altri (o maternità surrogata)<sup>3</sup>.

Una volta rientrati in Italia, essi sono stati però denunciati per svariati reati e il bambino, che in Russia risultava essere figlio della coppia ma che il test del DNA effettuato in Italia aveva rivelato non avere alcun legame genetico con i genitori intenzionali, è stato allontanato e accolto in una casa famiglia. La sua identità è stata così cancellata e i giudici gliene hanno assegnata una nuova solo due anni tardi.

Alla coppia non è rimasto che ricorrere alla Corte europea dei diritti umani, che con sentenza del 27 gennaio 2015 ha dato ad essa ragione e stigmatizzato la condotta delle autorità italiane come una violazione del diritto del minore alla propria identità sulla base dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Cedu)<sup>4</sup>.

Particolarmente dure sono state le critiche rivolte dalla Corte alle varie decisioni dei giudici italiani che hanno disposto l'allontanamento del bambino, tutte concentrate sulla «*situation d'illégalité dans laquelle les requérants versaient*»<sup>5</sup> anziché, come invece avrebbe dovuto essere, sull'interesse del minore. L'allontanamento deve infatti essere giustificato da un concreto pericolo per il minore, mentre i giudici si sono focalizzati unicamente sull'idoneità educativa dei genitori intenzionali, letta proprio alla luce del carattere asseritamente fraudolento del loro progetto procreativo. Al riguardo, i ricorrenti «*ont été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux*»<sup>6</sup>. Pure grave è la circostanza che il minore sia rimasto per più

1 Ci riferiamo in primo luogo all'intervista rilasciata da Domenico Dolce e Stefano Gabbana al settimanale *Panorama* il 12 marzo 2015. Dolce in particolare si è dichiarato non convinto dei «figli della chimica, i bambini sintetici. Uteri in affitto, semi scelti da un catalogo». Per un elogio delle «famiglie non OGM» si veda invece l'articolo di Giacomo Poretti — l'ultimo del trio Aldo Giovanni e Giacomo — apparso su *Avvenire* del 31 marzo 2015 con il titolo *Mamme, papà, figli, nonni. Viva la famiglia non OGM*. Delle polemiche che ne sono scaturite non ci occuperemo in questa sede, ritenendo che quanto espresso nel testo sia sufficiente per ribattere a queste dichiarazioni inutili e velenose.

2 A tal proposito si rinvia alla Legge 10 dicembre 2012, n. 219.

3 Cfr. Corte europea dei diritti umani, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, par. 65, in questa *Rivista*, p. 315 ss., ove i ricorrenti sostengono di non aver «*jamais commis d'infractions en Russie*», ritenendosi «*libres de passer la frontière et d'aller là où la législation permet la fécondation in vitro hétérologue*». Esiste dunque, «*dans un monde globalisé, [...] un marché mondial de la procréation, avec ses modes de régulation liés à l'offre et à la demande, ses effets d'aubaine nés des différences entre législations (prohibition, encadrement, autorégulation, loi du marché), ses phénomènes de délocalisation, voire de dumping, etc.*». H. Fulchiron, *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?*, in *Journal du droit international*, 2014, p. 563 ss., p. 563. Lo studioso non è solo a domandarsi se non sia il caso di regolare il problema sul piano pattizio: v. anche, a tal riguardo, M. Engel, *Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?*, in *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 199 ss., p. 211.

4 Vale la pena di ricordare qui che l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, stabilisce che: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

5 Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso*, cit., par. 79.

6 *Ibid.*, par. 84.

di due anni privo di identità. «[I]l est nécessaire», afferma a proposito la Corte, «qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale»<sup>7</sup>.

Un'affermazione della piena dignità di ogni figlio di madre surrogata, che viene a confrontarsi con una giustizia ancora troppo lenta e asfittica. Il principio enucleato dalla sentenza in esame è chiaro: «[i]l lui sera désormais difficile de continuer à opposer à un enfant son mode de conception ou sa naissance même pour lui refuser le bénéfice de ses droits les plus élémentaires»<sup>8</sup>.

## 2. I fatti del caso, una storia da raccontare

Se è vero, come scriveva Hannah Arendt più di mezzo secolo fa, che «rispondere alla domanda: chi? significa sempre raccontare una storia di vita»<sup>9</sup>, allora è impossibile riassumere la vicenda in commento senza chiedersi chi sia veramente il suo protagonista, il piccolo T. Campanelli<sup>10</sup>.

A cominciare dal nome, che ha fatto parte del suo patrimonio giuridico per nove mesi soltanto. Il piccolo è infatti nato a Mosca all'inizio del 2011 da una donna russa che si è prestata alla pratica, perfettamente legale nella Federazione Russa, della «gestazione per altri»<sup>11</sup>. I genitori «intenzionali» — 48 anni lei e 60 lui — sono due coniugi molisani che, dopo anni di attesa per l'accoglimento della loro domanda di adozione in seguito a svariati tentativi di ricorso a procedure di fecondazione medicalmente assistita, tutti rivelatisi vani, hanno deciso di rivolgersi all'estero. Il loro «esilio riproduttivo» li ha dunque condotti in Russia<sup>12</sup>.

7 Ibid., par. 85.

8 V. Lefebvre, *Gestation pour autrui: la CEDH persiste et signe*, in *Dalloz actualité*, 20 febbraio 2015.

9 Nella parafrasi di M. Mezzananza, *Ermeneutica e autobiografia: narrazione, interpretazione e identità*, in *L'effettività dell'ermeneutica*. Puissances de l'herméneutique, M.G. Lombardo, A. Romele (a cura di), Milano, FrancoAngeli, 2011, p. 165 ss., p. 171. La citazione di Hannah Arendt è tratta da *Men in Dark Times*, New York, 1955, p. 104 s.

10 Il nome del minore è espressamente menzionato in Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, cit., par. 1.

11 Lo studio condotto in sede di Parlamento Europeo dal titolo *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, PE 474.403, Bruxelles, 2013, pp. 331-338 — che invero non eccelle per precisione quanto a riferimenti normativi — spiega che le fonti primarie dell'ordinamento federale russo in materia di riproduzione assistita in generale sono tre. Vi è anzitutto il Codice di diritto di famiglia del 1995, più volte modificato, che regola la determinazione dei genitori al momento della nascita. In virtù dell'art. 51 co. 4 di detto Codice, infatti, «[I]e persone sposate che hanno consentito per iscritto all'impianto di un embrione in un'altra donna affinché lo coltivi, possono essere indicate come i genitori del bambino solo con il consenso della donna che ha dato alla luce il bambino (della madre surrogata)». In secondo luogo, vi è la Legge n. 323-FZ del 21 novembre 2011, intitolata ai *Principi di legge in materia di protezione della salute pubblica*, che all'art. 55 co. 9 definisce la «maternità sostitutiva» come «la gestazione e la nascita di un bambino (anche se prematuro) in virtù di un contratto concluso tra la madre sostitutiva e gli aspiranti genitori i cui gameti sono stati usati per la fecondazione, o una donna singola per la quale la gestazione e il parto risultano impossibili per ragioni mediche». Infine, vi è la Legge federale n. 143-FZ del 15 novembre 1997 *sugli atti dello stato civile*, che all'art. 16 co. 5 prevede che, su richiesta degli aspiranti genitori e in presenza di un documento della struttura sanitaria attestante l'avvenuta prestazione del consenso da parte della madre sostitutiva, questi possano ottenere un certificato di nascita che li indica come genitori. Cfr. O. Khazova, *Russia, in International Surrogacy Agreements. Legal Regulation at the International Level*, K. Trimmings, P. Beaumont (eds.), Oxford, OUP, 2013, p. 311 ss., p. 319.

12 Il termine «esilio riproduttivo» è preferibile all'espressione «turismo riproduttivo», il cui uso appare nondimeno ancora forte nel dibattito giuridico (v. ad es. Fulchiron, *La lutte*, cit., p. 564; C.P. Kindregan, *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, in 36 *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, p. 527 ss.). Concordiamo invece con A. Piga, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze*, L. Lombardi, S. De Zordo (a cura di), Milano, FrancoAngeli, 2013, p. 111 ss., p. 112, nel senso che «il termine turismo indica un viaggio di piacere ed è offensivo sia per le coppie che migrano per ottenere all'estero assistenza riproduttiva, sia per i professionisti coinvolti; il termine esilio, invece, indica il lasciare il proprio Paese, normalmente per ragioni politiche, e perciò sarebbe più appropriato». Anche il termine esilio, comunque, è entrato nel linguaggio accademico e giudiziario corrente: cfr. rispettivamente C. Flamigni, A. Borini, *Fecondazione E(s)terologa*, Roma, L'Asino d'oro, 2012, p. 33, nonché l'atto di costituzione dei ricorrenti nel procedimento riguardante la legittimità costituzionale della L. 40/2004 trascritto in *Il divieto di donazione di gameti fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 245. Qualcuno si esprime in termini di «delocalizzazione procreativa»: J. Mouly, *La «délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?*, in *Recueil Dalloz*, 4 décembre 2014, n. 42, p. 2419 ss. Altri, infine, parlano di «bordello riproduttivo»: A.L. Cherry, *The Rise of Reproductive Brothel in the Global Economy: Some Thoughts on Reproductive Tourism, Autonomy, and Justice*, in 17 *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2014, p. 257 ss., p. 259, o di «turismo medico» (*medical tourism*): I.G. Cohen, *Circumvention Tourism*, in 97 *Cornell Law Review*,



Dopo aver concluso un accordo di surrogazione di maternità con la società moscovita Rusjurconsulting e aver versato un prezzo di 49mila euro, i due italiani ottenevano dalla madre surrogata la piena rinuncia a ogni diritto sul bambino e il conseguente trasferimento, conformemente alla legge russa, della genitorialità giuridica, subito ratificato dalle autorità locali<sup>13</sup>. Il certificato di nascita, registrato a Mosca, riportava dunque T. come figlio di Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, cittadini italiani.

L'uso del passato è d'obbligo, visto che la genitorialità della famiglia Campanelli è evaporata non appena il bambino, accompagnato dalla madre italiana, ha messo piede sul suolo italiano. Nella settimana seguente al loro rientro, infatti, la famiglia è stata subito oggetto di attenzione da parte delle autorità italiane: il pubblico ministero presso il Tribunale penale per l'esercizio dell'azione di alterazione di stato civile (art. 567 cod. pen.), falso (art. 479 e 489 cod. pen.) e introduzione di minore sul territorio italiano in violazione della legge sull'adozione (art. 72 L. 4 maggio 1983, n. 184)<sup>14</sup>; il pubblico ministero presso il Tribunale per i minorenni per la domanda di adottabilità del minore, considerato in stato di abbandono; il Tribunale per i minorenni stesso per la nomina di un curatore speciale e, successivamente, di un tutore; i funzionari del Ministero dell'Interno per ordinare all'ufficio dello stato civile del Comune di residenza dei coniugi di rifiutare la richiesta di questi ultimi di trascrizione del certificato di nascita estero; infine, i carabinieri per l'interrogatorio della donna, finalizzato ad ottenere un quadro completo della vicenda<sup>15</sup>.

È in queste circostanze che viene ordinato il test del DNA, che sorprendentemente rivela la totale assenza di legami genetici con alcuno dei coniugi Campanelli. Ecco la prova della frode. E poiché — come recita il brocardo latino «*fraus omnia corrumpit*» — gli effetti della presunta frode si riversano, come un fiume in piena, sui legami familiari così fragilmente instaurati, il bambino — che non ha neanche sei mesi di vita — viene allontanato da casa Campanelli e accolto in una casa famiglia.

«Certes», scrive la Corte parafrasando la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Campobasso del 20 ottobre 2011, «*l'enfant subirait un préjudice du fait de la séparation, mais, vu la courte période passée avec les requérants et son bas âge, l'enfant surmonterait tout ça*»<sup>16</sup>. D'altronde — aggiungono i giudici — «*on pouvait penser que l'enfant résultait d'un désir narcissique du couple ou bien qu'il était destiné à résoudre des problèmes de couple. En conséquence le tribunal doutait de leur réelle capacité affective et éducative*»<sup>17</sup>. Per nove mesi, in pendenza delle varie appendici giudiziarie e penali, il piccolo T. è stato dunque accudito e cresciuto dai coniugi Campanelli. Da un giorno all'altro, diventa un nessuno, figlio di sconosciuti e privo di identità.

La stessa conclusione è adottata, un anno più tardi, dal Tribunale di Campobasso in relazione al sequestro del certificato di nascita russo ordinato dal pubblico ministero. Dalle incongruenze emergenti sia dai documenti prodotti sia dalle dichiarazioni delle parti emerge nuovamente l'illegalità della condotta dei coniugi Campanelli, posta in essere attraverso «*afin d'obtenir la transcription de la naissance et de contourner les lois italiennes*»<sup>18</sup>. Dalla decisione del Tribunale scaturisce, secondo quanto previsto dal già citato art. 72 della Legge sull'adozione, una conseguenza pressoché inevitabile: alla coppia viene inibita la possibilità non solo di ottenere l'affidamento del minore, ma anche di adottare<sup>19</sup>.

2012, p. 1309 ss., p. 1323. Si veda inoltre M. Welstead, *International Surrogacy: Arduous Journey to Parenthood*, in 9 *Journal of Comparative Law*, 2014, p. 298 ss.

13 Va precisato al riguardo che la madre surrogata non aveva alcun legame biologico con il bambino. Cfr. Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, cit., par. 6. Ciò appare conforme alla legge russa, che permette esclusivamente la «gestazione piena» (o «surrogazione gestazionale»), imponendo che non vi sia alcun legame genetico tra il figlio e la madre surrogata. V. al riguardo l'art. 55 co. 10 della Legge n. 323-FZ/2011, cit. *supra* nota 10, per cui «[l]a madre sostitutiva non può essere al tempo stesso donatrice dell'ovocita».

14 L'art. 72 L. 4 maggio 1983, n. 184, così recita: «1. Chiunque, per procurarsi denaro o altra utilità, in violazione delle disposizioni della presente legge, introduce nello Stato uno straniero minore di età perché sia definitivamente affidato a cittadini italiani è punito con la reclusione da uno a tre anni. 2. La pena stabilita nel precedente comma si applica anche a coloro che, consegnando o promettendo danaro o altra utilità a terzi, accolgono stranieri minori di età in illecito affidamento con carattere di definitività. La condanna comporta l'inidoneità a ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare».

15 Per un resoconto completo della vicenda v. Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, cit., par. 11 ss.

16 Tribunale per i minorenni di Campobasso, 20 ottobre 2011, riferito *ibid.*, par. 22.

17 *Ibid.*

18 Tribunale di Campobasso, 20 novembre 2012, riferita *ibid.*, par. 29.

19 Cfr. l'ultima frase dell'art. 72 cit., *supra* nota 13, norma che «non brilla certo per semplicità ed uniformità». B. De Filippis, *Il diritto di famiglia. Leggi, prassi e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 873. Nel senso che, fino all'esito eventualmente positivo del procedimento sulla mancanza di veridicità del riconoscimento e sulle violazioni consumate con il ricorso alla maternità surrogata in contrasto con la normativa sulla procreazione assistita e sull'adozione di minore, il minore è da considerarsi, sul

Infine, a occuparsi del problema della trascrizione del certificato di nascita russo è la Corte d'Appello di Campobasso con la pronuncia del 3 aprile 2013<sup>20</sup>. T. — o comunque lo si voglia chiamare — ha compiuto da un pezzo i due anni, e il pubblico ministero ne ha nel frattempo ottenuto il trasferimento in una famiglia. La Corte può così porre fine alle pretese dei coniugi, nessuno dei quali è genitore biologico del bambino. Inoltre, poiché la legge russa sembra richiedere che vi sia necessariamente un legame genetico con almeno uno degli aspiranti genitori, la Corte ritiene che il certificato di nascita sia «ideologicamente falso» e che la sua trascrizione in Italia sia pertanto contraria all'ordine pubblico. Viene così ordinata l'emissione di un nuovo certificato di nascita con un nuovo nome, in virtù del quale il bambino risulta «*filis de parents inconnus, né à Moscou le 27 février 2011*»<sup>21</sup>.

Dopo due anni di buio, il bambino ha dunque un nome e un'identità «nuovi».

### 3. Dalla Russia con dolore

È indubbio che la condizione di oscurità nella quale il piccolo protagonista della nostra storia si è trovato nei suoi primi due anni di vita rappresenti la vistosa conseguenza delle differenze normative nazionali esistenti in materia di gestazione per altri, una «*diversité qui, à l'évidence, constitue le substrat du tourisme procréatif*»<sup>22</sup>.

Peraltro, in questo *mare magnum* di differenze che «*are everything but internationally coherent*»<sup>23</sup>, è possibile raggruppare gli Stati interessati in due categorie, in funzione della sussistenza o meno di un divieto di ricorso alla gestazione per altri<sup>24</sup>. Ovviamente, si tratta di una classificazione puramente esemplificativa e aggiornata al momento in cui si scrive, che deve fare i conti con la costante mobilità e il continuo sviluppo delle normative nazionali in questa materia<sup>25</sup>.

La prima categoria è pertanto composta dagli Stati che proibiscono la gestazione per altri, facendola oggetto vuoi di un divieto assoluto, vuoi di apposite norme penali<sup>26</sup>. Tra questi Paesi si trova l'Italia,

---

piano formale, figlio della coppia, con conseguente impossibilità, per il tribunale dei minori, di pronunciarsi sull'adottabilità del minore, v. Tribunale per i minorenni di Milano, 19 ottobre 2012, in *Diritto di famiglia*, 2013, p. 989 ss.

20 Corte d'appello di Campobasso, 3 aprile 2013, riportata in Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, cit., par. 34.

21 *Ibid.*

22 Fulchiron, *La lutte*, cit., p. 566.

23 Engel, *Cross-Border Surrogacy*, cit., p. 201.

24 Della terza categoria, riguardante i Paesi che, in assenza di un divieto generale, acconsentono alla gestazione per altri facendo riferimento a codici etici o regolamentazioni amministrative, non ci occuperemo in questa sede. La suddivisione è di Fulchiron, *La lutte*, cit., pp. 570-571. V. anche G.K. Stanic, *State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach*, in 4 *International Journal of Jurisprudence of Family*, 2013, p. 35 ss.

25 Ad esempio, uno dei «paradisi» internazionali della gestazione per altri, la Thailandia, ha recentemente approvato una legge che limita l'accesso a tale procedimento alle coppie nazionali, vieta l'utilizzo di intermediari e ogni forma di pubblicità. Cfr. E. di Pasqua, *La Thailandia vieta l'utero in affitto. 10 anni di carcere a chi viola la legge*, in *Corriere della sera*, 23 febbraio 2015. La ragione di tale legge è da individuare nel caso *Baby Gammy*, riguardante una madre surrogata thailandese ventunenne il cui figlio, nato da parto gemellare, era affetto da diverse patologie mediche e, per tale ragione, era stato rifiutato dai genitori «committenti» australiani. Il caso, che ha scatenato un intenso dibattito internazionale ma che è solo l'ultimo di una lunga serie, ha indotto il legislatore a intervenire. V. L.R. Schover, *Cross-Border Surrogacy: The Case of Baby Gammy Highlights the Need for Global Agreement on Protections for All Parties*, in 102 *Fertility and Sterility*, 2014, p. 1258 ss.

26 V. di recente D. Pasquariello, *Ancora sulla controversa rilevanza penale della surrogazione all'estero. Il codice penale tra tutela della stirpe e modernità*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014. Tra l'altro l'arma del diritto penale, almeno nel nostro Paese, appare decisamente spuntata. Nella maggior parte dei casi recenti, infatti, i giudici penali hanno assolto gli imputati perché il delitto di falso era stato commesso all'estero in piena conformità alla legge locale. V. al riguardo Ufficio per le indagini preliminari di Trieste, 4 ottobre 2013, inedita, per il quale l'assenza di dolo deriva dal fatto che «gli imputati sapevano infatti che la c.d. maternità surrogata era lecita in Ucraina, anche se non è consentita in Italia [...], e ciò faceva loro ritenere (correttamente) che le certificazioni rilasciate fossero del tutto regolari»; Tribunale di Milano, 13 gennaio 2014, esclude la ricorrenza del reato essendo «non [...] esigibile e non sanzionabile sul piano penale l'obbligo di tenere, in territorio estero, una condotta contraria alle leggi di quello Stato». Tribunale di Milano, 8 aprile 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2014, con nota di M. Winkler, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all'estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano*; in *Foro italiano*, 2014, II, c. 371 ss., con nota di G. Casaburi, *In tema di nozione di maternità*; e, infine, in *Guida al diritto*, 2014, 18, p. 20 ss., con nota di Tona, ha invece condannato la coppia di conviventi che aveva fatto ricorso a gestazione per altri in India, escludendo però dall'ambito del punibile la «mera riproduzione nel modulo offerto dall'Anagrafe di

che con la Legge 4 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita, ha posto fine al dibattito giurisprudenziale sulla legittimità della gestazione per altri — che com'è noto registrava soluzioni oscillanti<sup>27</sup> — associandola alla sanzione della reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro<sup>28</sup>. Le motivazioni sottostanti a una simile scelta legislativa possono ricondursi, com'è noto, sia al principio di indisponibilità degli status personali, sia alla salvaguardia del corpo della donna, che sarebbe altrimenti soggetto alle regole del mercato con conseguente *deminutio* della sua integrità fisica e psicologica.

La seconda categoria raggruppa i Paesi che regolamentano l'istituto con normative di dettaglio, ed è come sappiamo il caso della Russia, la cui disciplina — consentendo non solo la surrogazione «altruistica» ma altresì quella «commerciale» — è peraltro considerata particolarmente liberale<sup>29</sup>.

Nello specifico, qualificando i genitori intenzionali come coloro «i cui gameti sono stati usati per la fecondazione», la legge russa sembra prevedere unicamente l'accesso alla gestazione per altri a mezzo di fecondazione omologa. Tuttavia, viene correntemente ammessa una prassi diversa, che contempla non solo il ricorso alla fecondazione «eterologa», ma altresì l'utilizzo di entrambi i contributi genetici di terzi, dunque in sostanza una «fecondazione doppiamente eterologa»<sup>30</sup>. Si spiegano così, nel caso che qui ci occupa, sia il mistero riguardante l'assenza di legame genetico tra il bambino e i coniugi Campanelli,

---

Milano dei dati contenuti nell'atto di nascita estero», in quanto tale condotta «non può qualificarsi come dichiarazione, sia per il suo contenuto, sia perché essa è materialmente obbligata dovendo corrispondere a quanto contenuto nell'atto di cui si richiede la trascrizione».

Va peraltro ricordato che la legge italiana sull'ordinamento dello stato civile (D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396) prevede, all'art. 15, che «[l]e dichiarazioni di nascita e di morte relative a cittadini italiani nati o deceduti all'estero [...] rese all'autorità consolare [...] devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti». Al momento di formazione dell'atto di nascita, pertanto, i genitori intenzionali non potrebbero rilasciare una dichiarazione diversa se non quella di essere i genitori del bambino, perché è tale dichiarazione a rispecchiare, quanto a contenuto, la verità dei fatti secondo il diritto straniero. Questo aspetto ha pesato in maniera decisiva in molti dei procedimenti penali promossi contro le coppie italiane che hanno fatto ricorso alla gestazione per altri all'estero.

- 27 A tale proposito si può anzitutto ricordare la vicenda di Monza, risolta da Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, tra gli altri in *Foro italiano*, 1990, I, c. 296 ss., con nota di G. Palmeri, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*, conclusasi nel senso dell'inammissibilità del contratto di surrogazione di maternità per impossibilità e illiceità dell'oggetto e della causa, nonché per frode alla legge. Si ritiene in particolare che «[n]on possono formare oggetto di contratto gli status personali, né la potestà dei genitori né i diritti personali del minore a essere educato e mantenuto da chi lo ha generato». A. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da Cicu, Messineo e Mengoni), Milano, Giuffrè, 2007, p. 232. Nel senso invece della liceità, ove il consenso della futura madre surrogata sia prestato a titolo gratuito, v. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Foro italiano*, 2000, I, c. 972 ss., con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi.
- 28 L'art. 12 co. 6 della citata L. 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, prevede che «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». Sulla compatibilità di taluni aspetti della citata L. 40/2004 rispetto alle norme sovranazionali in materia di diritti umani e sulle varie sentenze italiane e della Corte di Strasburgo in tale contesto v. da ultimo C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 ss., spec. p. 505 ss.
- 29 Così lo studio del Parlamento Europeo, cit. *supra* nota 11, p. 39, secondo il quale «Russia is regarded as having one of the most permissive surrogacy regimes. This is due to the eligibility requirements being fairly relaxed (the main restriction being that the intended mother has to have some sort of medical condition which prevents her from carrying a pregnancy to term) and the fact that the intended parent(s) can be registered as the child's legal parents from birth. Also, both altruistic and commercial surrogacies are permitted under the Family Code of Russia (articles 51-54). However, there are two other important restrictions in the Russian legal framework: the surrogate mother must not also be the genetic mother of the child (i.e. only gestational surrogacy agreements fall under the legal framework) and she must give her consent to the registration of the intended parent(s) as the legal parent(s) of the child».
- 30 Nello studio del Parlamento Europeo, cit. *supra* nota 11, p. 336, si legge infatti che «[a]ccording to a literal interpretation of this provision, it is clear that the use of a donor's genetic material is available for a single women only but not for couples, whether married or not. Therefore, under this provision prospective parents shall be genetic parents of a child that a surrogate mother will gestate for them and give birth to. It is hard to say now what the idea was behind such wording, as there are still no comments or official explanations of this provision. Before the Law on Citizens' Health 2011 was adopted, there was neither prohibition nor differentiation between these situations in the law, which meant that an infertile couple could use both donated oocytes and sperm in a surrogate motherhood program, if there were medical indications. As far as the author of this report is aware, currently the situation in medical practice is the same as before, and if there are medical indications, donor gametes are used in surrogate motherhood programs with regard to infertile couples». La qualificazione di «fecondazione doppiamente eterologa» si deve a Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da maternità surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 1132 ss., p. 1138.

sia l'affermazione della Corte di Strasburgo — a dir la verità un po' *tranchante* — per cui «la loi russe ne précise pas si entre les futurs parents et l'enfant à naître il faut un lien biologique»<sup>31</sup>.

Il caso in esame appare pertanto del tutto peculiare, e la ferma convinzione del signor Campanelli di essere davvero il padre del bambino, unita alla circostanza che, come nota la Corte stessa, «à ce jour il n'a pas été démontré qu'il n'était pas de bonne foi»<sup>32</sup>, inducono a ritenere che si sia trattato di una surrogazione quantomeno «apparente». Se per i giudici italiani la buona fede dei coniugi molisani appare da sola insufficiente a costituire il rapporto di filiazione, per la Corte di Strasburgo tale conclusione non può essere qualificata come «*déraisonnable*», spettando comunque alle autorità giudiziarie nazionali la valutazione del merito della posizione dei genitori intenzionali in relazione ai fatti contestati<sup>33</sup>.

Al di là di questo aspetto, indubbiamente non marginale soprattutto con riguardo alle responsabilità penali ascrivibili ai genitori intenzionali, il caso appare per il resto del tutto identico a quello deciso dalla prima sezione della Corte Suprema di Cassazione con la sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, già oggetto di un vivace dibattito nell'opinione pubblica<sup>34</sup>.

Nel caso affrontato dalla Cassazione una coppia della provincia di Crema aveva fatto ricorso alla gestazione per altri in Ucraina mediante una fecondazione doppiamente eterologa. Indagati dalla Procura di Crema per il reato di alterazione di stato, i genitori intenzionali si vedevano affidare temporaneamente il minore, pendente il procedimento di dichiarazione dello stato di adottabilità promosso dal pubblico ministero. Successivamente, emergeva non soltanto che i due non erano i genitori biologici del minore, ma altresì che essi avevano violato la legge ucraina la quale, pur consentendo la gestazione per altri tramite fecondazione eterologa, non prevede invece quella doppiamente eterologa. Inoltre, la loro domanda di adozione in Italia risultava essere stata respinta per «grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva»<sup>35</sup>.

Per queste ragioni il Tribunale di Brescia — con pronuncia confermata prima in appello e poi in Cassazione — aveva dichiarato il minore adottabile, separandolo dai genitori intenzionali, di cui aveva sospeso la responsabilità genitoriale, e disponendone il collocamento immediato presso un'altra coppia<sup>36</sup>. «In ogni caso l'allontanamento del piccolo», scrive la Corte d'Appello di Brescia, «è giustificato dal comportamento dei coniugi [...], che hanno volontariamente eluso la legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita ed hanno falsamente dichiarato di essere genitori naturali del minore pur di soddisfare il loro desiderio di genitorialità»<sup>37</sup>.

Il parallelo del caso in esame con questa recente sentenza della Cassazione mostra un inquietante allineamento sul piano dell'aperta riprovazione del tipo di progetto genitoriale, sicuramente determinato dall'esito infausto del test del DNA, che accomuna le due vicende. La convinzione, condivisa da diversi giudici e sancita dalla Cassazione, è che la via scelta dai genitori intenzionali — caratterizzata in quanto tale da un disegno fraudolento — debba necessariamente ripercuotersi sullo status del nato, che non potrebbe *mai* essere riconosciuto quale figlio dei genitori intenzionali.

Detto altrimenti, la frode che si assume perpetrata ai danni dell'ordinamento italiano è destinata a corrompere tutto ciò che trova sul suo cammino, a partire dai suoi autori e fino alla più indifesa delle sue vittime. *Fraus omnia corrumpit*, per l'appunto: solo la saggezza latina era in grado di rendere l'idea con tanta agilità espressiva<sup>38</sup>.

31 Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, cit., par. 76. L'avvocato difensore della coppia dinanzi alla Corte ha ricordato tra l'altro che «il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi 'ses' embryons».

32 *Ibid.*, ult. loc. cit.

33 *Ibid.*, par. 77.

34 Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 3408 ss., con nota critica di G. Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*.

35 Corte d'Appello di Brescia, sentenza dell'11/17 gennaio 2013, inedita.

36 Tribunale per i minorenni di Brescia, sentenza del 14 agosto 2012, pure inedita.

37 *Ibid.*

38 Sul principio «*fraus omnia corrumpit*» esiste un'abbondante letteratura soprattutto nel campo del diritto privato. La giurisprudenza ne fa un uso costante, tanto che L. Boyer, *Sur quelque adages. Notes d'histoire et de jurisprudence*, in *Bibliothèque de l'École des chartes*, t. 156, 1998, p. 13 ss., p. 23 ss. lo definisce «un des adages les plus célèbre de la panoplie et en même temps l'une de ses armes les plus redoutables». In italiano v. L. Carraro, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, p. 786 ss. e in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, vol. III, p. 431 ss.



#### 4. *Fraus omnia corrumpit?*

La problematica giuridica più rilevante nei casi di migrazione procreativa attiene all'incorporazione, nell'ordinamento di origine della coppia, degli effetti già prodottisi nello Stato nel quale si è realizzata la gestazione per altri. In altre parole, si tratta di determinare se il procedimento di gestazione per altri possa essere portato a conclusione, nello Stato di origine dei genitori intenzionali, mediante il riconoscimento del legame di filiazione creato nell'altro Stato<sup>39</sup>.

Il panorama comparato rivela a tal riguardo tre soluzioni diverse.

La prima consiste nel *negare qualsivoglia effetto* alla gestazione per altri estera, ivi incluso il riconoscimento del legame di filiazione. In tal caso l'illiceità della situazione complessiva si riproduce sull'intero percorso, anche e soprattutto con riguardo ai figli. Qui il principio espresso dal brocardo latino sopra citato non offre scampo e «*la conclusion est sans appel*»<sup>40</sup>.

È il caso della giurisprudenza francese, pressoché granitica — almeno fino a poco tempo fa, come vedremo subito — nel considerare che, come recita la formula usata dalla prima sezione della *Cour de Cassation* in numerosi casi, «*en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil*»<sup>41</sup>. Neppure la richiesta di tutela dell'interesse del minore, avanzata dai genitori intenzionali, è stata in grado di sedurre i giudici francesi, per i quali «*en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués*»<sup>42</sup>.

La seconda soluzione richiede, all'esatto opposto dello spettro, di *riconoscere la piena bigenitorialità della coppia di genitori intenzionali*, alla luce del comune disegno procreativo.

Tale soluzione è stata affermata recentemente dalla Corte Federale di Giustizia tedesca con la sentenza del 14 dicembre 2014<sup>43</sup>. In contrasto con le decisioni di prima istanza e d'appello, che avevano ritenuto un rapporto di filiazione instaurato da una coppia di persone dello stesso sesso attraverso gestazione per altri in California «non soltanto estraneo al diritto tedesco, ma pure in contrasto con i suoi principi fondamentali»<sup>44</sup>, la Corte federale ritiene al contrario che «al riconoscimento non si oppone alcun contrasto con l'ordine pubblico»<sup>45</sup>.

Tale conclusione si impone anzitutto rispetto al padre biologico, in quanto «l'applicazione del diritto tedesco condurrebbe a una decisione [identica]»<sup>46</sup>. Ma essa si impone altresì rispetto al co-padre, dato che, da una parte, «il diritto del bambino alla prestazione della cura genitoriale e all'educazione risulta inciso anche quando gli viene negata l'attribuzione di status giuridico rispetto a un genitore intenzionale che non può assumere in senso giuridico responsabilità genitoriale nell'interesse e a tutela del

39 In dottrina v. S. Tonolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss.; Fulchiron, *La lutte*, cit., p. 573 ss.

40 J. Guillaumé, *Note*, in *Journ. dr. int.*, 2014, p. 1270 ss., p. 1271.

41 Cfr. al riguardo *Cour de Cassation*, 1ère chambre civile (Francia), 6 aprile 2011, tra le altre in *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 722 ss., con nota di P. Hammje; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 340 ss., con nota di J. Hauser; sulla quale v. inoltre il commento di D. Berthiau, *L'ordre public au prejudice de l'enfant*, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1522 ss.

42 *Cour de Cassation*, 1ère chambre civil (Francia), 13 settembre 2013, n. 12-30.138 e 12-18.135, in *Journal du droit international*, 2014, p. 133, con nota di J. Guillaumé.

43 Corte federale di giustizia (Bundesgerichtshof), sentenza del 10 dicembre 2014, traduzione italiana di R. De Felice, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, sul portale *Persona e danno*, 3 febbraio 2015. Sul tema del ricorso alla gestazione per altri da parte delle coppie dello stesso sesso sul piano transnazionale si consenta di rinviare ai nostri *Same-Sex Families Across Borders*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (Eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2014, p. 381 ss. e *Friends to Our Children: Omogenitorialità e diritto internazionale privato*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano/Udine, 2011, p. 115 ss., spec. p. 123 ss.

44 Corte federale di giustizia, sentenza del 10 dicembre 2014, cit., par. 12.

45 *Ibid.*, par. 24.

46 *Ibid.*, par. 30. Cfr. le decisioni dell'Amtsgericht di Norimberga, 14 dicembre 2009, UR III 264/09 e di quello di Hamm, 22 febbraio 2011, Az. XVI 192/08, confermata dal Landesgericht di Dortmund, 8 luglio 2011, Az. 9 T 210/11, nonché dell'Oberlandesgericht di Stoccarda, 7 febbraio 2012, Az. 8 W 46/12, tutte in *A Comparative Study*, cit. *supra* nota 10, p. 119 ss.

bambino»<sup>47</sup>, e dall'altra «le relazioni di una coppia di partner registrata possono altrettanto promuovere la crescita dei figli come quelle di una coppia sposata[,] non sussiste[ndo] alcuna ragione per differenziare tra aspiranti genitori eterosessuali ed omosessuali»<sup>48</sup>. Anche la tutela della madre surrogata gioca un certo ruolo nel ragionamento della Corte, poiché essa non può essere costretta ad assumere il ruolo di madre contro la propria volontà, risultato che invece si verificherebbe con un'applicazione diretta del principio *mater semper certa*<sup>49</sup>.

Anche l'Austria e la Gran Bretagna si distinguono per questo approccio più attento alle esigenze di conservazione del nucleo familiare.

In Austria, due successive sentenze della Corte costituzionale del 2011 e del 2012 hanno riconosciuto che la legge austriaca sulla procreazione medicalmente assistita — e in particolare il divieto di gestazione per altri ivi implicitamente contenuto — non riveste rango costituzionale ed è quindi soggetta a discrezionalità legislativa<sup>50</sup>. Pertanto, essa non può assurgere a parametro di valutazione di contrarietà all'ordine pubblico di uno status di filiazione perfezionatosi all'estero — rispettivamente in Georgia (Stati Uniti) e in Ucraina — e non costituisce ostacolo alla trasmissione della cittadinanza<sup>51</sup>. Va notato, peraltro, che entrambe le pronunce non violerebbero l'art. 8 della CEDU, dal momento che la protezione degli interessi sottesi al divieto era, in assenza — al tempo — di decisioni della Corte europea in materia, coperta dal margine di apprezzamento degli Stati contraenti in materia<sup>52</sup>.

Quanto alla Gran Bretagna, è noto ai repertori giudiziari il caso del 2008 relativo alla coppia di cittadini inglesi che, recatisi in Ucraina, non sarebbero riusciti poi ad ottenere i relativi *parental order* per i due gemelli nati in quel Paese, dal momento che, in violazione dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, avevano versato delle somme di denaro alla gestatrice e a suo marito consentendo a questi ultimi l'acquisto di un immobile<sup>53</sup>. Per questo essi si erano rivolti al giudice britannico, in quanto i due gemelli risultavano essere figli di ucraini — e quindi stranieri — in Inghilterra, e figli di inglesi — dunque doppiamente stranieri — in Ucraina<sup>54</sup>. Per rimediare a questa situazione, che vedeva i minori come

47 Corte federale di giustizia, sentenza del 10 dicembre 2014, cit., par. 41.

48 *Ibid.*, par. 43.

49 *Ibid.*, par. 55: «[u]n'attribuzione alla madre surrogata si può configurare secondo il diritto tedesco solo ammettendo il non riconoscimento della decisione straniera (senza considerazione per la possibile sopravvivenza di uno status acquisito in precedenza secondo il diritto straniero). Una tale attribuzione, di contro, nello stato di appartenenza della madre surrogata non è decisivo a causa della contrastante decisione giudiziaria locale che definisce gli aspiranti genitori come genitori legittimi del minore. A ciò corrisponde la circostanza che la madre surrogata non vuole di fatto una responsabilità genitoriale nei confronti del figlio e a differenza degli aspiranti genitori non si vuole assumere né la cura del bambino né la sua educazione».

50 A tal riguardo, mente l'art. 3 co. 3 della legge austriaca sulla procreazione artificiale (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) del 1992 prevede che «[l]'ovulo e i gameti possono essere usati solo per la donna dalla quale sono originati», l'art. 137-b del codice civile austriaco del 1811 stabilisce che «[l]a madre del bambino è la donna che l'ha partorito».

51 Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof) (Austria), sentenza del 14 dicembre 2011, n. B-13/11-10. V. anche la sentenza della medesima Corte cost. austriaca dell'11 ottobre 2012, B 99/12, B 100/12, annotata da C. Köchle, *Determination of Citizenship after (Supposed) Birth through Full Surrogacy in the Ukraine*, in 7 *Vienna Journal of International Constitutional Law*, 2013, p. 239 ss., secondo la quale (p. 243) i due casi «are in line». A commento v. altresì B. Lurger, *The Austrian Choice of Law Rules in Cases of Surrogate Motherhood Abroad — The Best Interest of the Child between Recognition, European Human Rights and the Austrian Prohibition of Surrogate Motherhood*, in *IPRax*, 2013, p. 282 ss.

52 V. a proposito Köchle, *Determination*, cit., p. 242: «[p]rotecting women from being exploited or preventing reproduction from being commodified can be considered as legitimate aims a state can invoke in order to justify this interference with Article 8 ECHR. Even though one might question the necessity of a total prohibition of surrogacy to achieve these aims, at the time being, the national legislator's margin of appreciation when regulating surrogacy undoubtedly is a rather wide one, given that there is no European consensus on that matter (with national regulations ranging from total prohibition to acceptance under different conditions). Although the European Court of Human Rights has not yet decided on the matter and though the Austrian Constitutional Court has only clarified that there is no constitutional obligation to prohibit surrogacy, considering this wide margin of appreciation one can safely argue that at present the Austrian ban of surrogacy does in itself not amount to a violation of Article 8 ECHR».

53 Il comma 7 della *Section 30* dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, 1990 c. 37, stabilisce infatti che, per potere emettere il relativo *parental order* a favore dei genitori intenzionali («the donors of the gametes»), il giudice «must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by the husband or the wife for or in consideration of [...] the making of the order, [...] the handing over of the child to the husband and the wife, or [...] the making of any arrangements with a view to the making of the order, unless authorised by the court». La norma risulta essere stata abrogata nel 2008 dall'art. 57, co. 3, del nuovo *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, 2008 c. 22.

54 Cfr. High Court of England and Wales, decisione del 9 dicembre 2008, *Re X & Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] Fam 71.

«legal orphans and, more seriously, stateless»<sup>55</sup>, il giudice inglese non vede altra via se non l'emissione di un *parental order* a favore della coppia inglese, onde evitare che «the full rigour of that policy consideration will bear on one wholly unequipped to comprehend it let alone deal with its consequences (i.e. the child concerned) that rigour must be mitigated by the application of a consideration of that child's welfare. That approach is both humane and intellectually coherent»<sup>56</sup>.

Il terzo approccio, caratterizzato da un «*accommodement*» degli interessi in gioco, si colloca a metà tra questi due<sup>57</sup>. Pur affermando l'illiceità della situazione nel Paese di origine, si ammette un *riconoscimento parziale* del legame di filiazione rispetto al soggetto che ha contribuito, con il proprio materiale genetico, alla fecondazione (omologa o eterologa che sia) della madre surrogata. Su questa seconda linea, che interpreta il limite dell'ordine pubblico internazionale con minore rigidità, si collocano le casistiche spagnola e italiana più recenti, investite con sempre maggiore frequenza di contenziosi riguardanti la trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero.

Quanto alla Spagna, il Tribunal Supremo con due decisioni successive ha riconosciuto il rapporto di filiazione con riferimento al solo padre biologico e non — si trattava di una coppia gay — al co-padre, essendo la gestazione per altri nel suo complesso contraria all'ordine pubblico spagnolo, negando però la trascrizione dell'atto di nascita estero<sup>58</sup>.

Secondo il Tribunal l'interesse del minore non può essere svincolato dalla «considerazione dei valori che la società assume come propri e che sono contenuti sia nelle norme di legge sia nei principi cui si ispirano la legislazione nazionale e le convenzioni internazionali»<sup>59</sup>, quali segnatamente «il rispetto della dignità e dell'integrità morale della gestatrice, la lotta contro lo sfruttamento dello stato di necessità nel quale si trovano le giovani donne in condizioni di povertà e il rifiuto della commercializzazione della gestazione e della filiazione»<sup>60</sup>. Il rifiuto di trascrizione non violerebbe dunque l'interesse del minore perché la legge spagnola consente comunque lo stabilimento della filiazione mediante azione di riconoscimento della paternità con riguardo al padre biologico e, attraverso l'adozione, con riguardo al co-padre<sup>61</sup>.

In Italia del tema si è occupato il Tribunale di Napoli, in un caso concernente un binazionale italo-statunitense che aveva impugnato il rifiuto, opposto dal Comune di Barano d'Ischia, di trascrivere il certificato di nascita dei suoi due figli nati da madre surrogata a El Paso, in Colorado<sup>62</sup>. Dopo aver definito l'ordine pubblico «(ideale)» come «contemporaneamente una 'fortezza' ed un 'ponte'»<sup>63</sup>, il Tribunale rileva che «uno Stato che partecipa attivamente alla comunità internazionale non può che avere un atteggiamento di apertura verso gli altri Stati in nome della condivisione di principi fondamentali della comune civiltà», tra i quali compare certamente «[il] principio di responsabilità nella procreazione», costituito dalla «preminenza che nella costruzione della paternità / filiazione assume il dato volitivo [dell'assunzione di responsabilità] rispetto a quello biologico»<sup>64</sup>.

55 *Ibid.*, par. 75.

56 *Ibid.*, par. 24.

57 Fulchiron, *La lutte*, cit., p. 576.

58 Cfr. Tribunal supremo de justicia (Spagna), prima camera civile, sentenza del 6 febbraio 2014, n. 245/2012 in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), e in *Revue critique de droit international privé*, 2014, p. 531 ss., con nota di H. Fulchiron, C. Guilarte Martin-Calero, *L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille*, confermata con sentenza del 2 febbraio 2015, in *Dalloz*, 2015, p. 626 ss., con nota di H. Fulchiron, *Gestation pour autrui (statut des enfants): position du Tribunal Supremo espagnol*. Sulla prima sentenza si segnala altresì G. Palmeri, *Il Tribunal Supremo a proposito di status familiari e maternità di sostituzione*, in *Articolo29.it*, 10 maggio 2014.

59 Tribunal supremo de justicia, sentenza del 6 febbraio 2014, cit., par. 5.5.

60 *Ibid.*, par. 7.5.

61 *Ibid.*, par. 5.11: «istituti giuridici come l'affidamento familiare o l'adozione permettono di formalizzare giuridicamente l'integrazione dei minori nel nucleo familiare».

62 Tribunale di Napoli, decreto del 1° luglio 2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, p. 2695 ss., con breve commento. Il decreto è commentato peraltro da Tonolo, *La trascrizione*, cit., pp. 85-86.

63 «... in quanto giustifica un atteggiamento di difesa verso gli ordinamenti fondati su valori culturalmente e tradizionalmente così differenti dai nostri da poterli mettere in crisi ...». *Ibid.*

64 *Ibid.* In conclusione, secondo il Tribunale partenopeo «può affermarsi che la trascrizione dei certificati di nascita dei bambini nati con la fecondazione eterologa non è in contrasto con l'ordine pubblico ideale poiché, nel nostro ordinamento, il principio guida è quello della responsabilità procreativa finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole[.] Pertanto, l'ingresso della norma straniera, ovvero dei suoi effetti, non mette in crisi uno dei principi cardine dell'ordinamento ben potendo coesistere ed armonizzarsi il divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa in Italia con il riconoscimento del rapporto di

Un ragionamento simile si ritrova in una sentenza del Tribunale di Forlì, per il quale la violazione della Legge 40/2004 perpetrata con il ricorso, da parte di due coniugi, alla gestazione per altri all'estero onde porre rimedio all'infertilità della moglie, «di per sé non impedisce di richiedere il riconoscimento dello stato di filiazione legittima dei due minori» — nel caso, due gemelli nati a Mumbai, in India —, e ciò «in virtù del principio di tutela dell'infanzia, immanente nel nostro ordinamento [...], in applicazione del quale ogni bambino ha diritto ad avere genitori individuandoli in maniera certa in coloro che abbiano assunto l'iniziativa procreativa, in via naturale o tramite assistenza medica».

Non è pertanto contraria all'ordine pubblico la trascrizione del certificato di nascita predisposto dalle autorità indiane, nei limiti però della sola paternità (confermata geneticamente), in quanto il riconoscimento del legame con la madre intenzionale, al pari della relativa trascrizione, «si pone [invece] in contrasto con l'ordine pubblico, dal momento che l'istante non è né la madre gestante e partorienti i minori, né comunque ha arrecato alcun apporto al processo di fecondazione»<sup>65</sup>. Anche qui il latino aiuta: il principio espresso dal noto brocardo «*mater semper certa*», che associa la filiazione materna alla gestazione, impedisce qualsiasi riconoscimento di forme di maternità diverse da quella dell'effettiva gestatrice, inclusa quella genetica<sup>66</sup>.

Chiunque pensi che questo principio sia assoluto è tuttavia destinato ad essere contraddetto dalla stessa prassi giudiziaria italiana. Non può non rammentarsi, a tal riguardo, la nota e «dirompente»<sup>67</sup> pronuncia della Corte d'Appello di Bari del 29 febbraio 2009, che ha ordinato al Comune di Bari di procedere alla trascrizione, nell'atto di nascita di due bambini — oggi ormai adolescenti — nati in Inghilterra da gestazione per altri, di due *parental order* inglesi che stabilivano il legame di filiazione con la madre intenzionale italiana<sup>68</sup>.

Nel caso di specie, all'esito negativo del test della compatibilità dei *parental order* rispetto all'ordine pubblico internazionale hanno sicuramente contribuito non solo decisivi elementi di fatto quali la priorità temporale rispetto alla Legge 40/2004, la cittadinanza inglese della donna (acquisita dal marito), il prolungato soggiorno della stessa con i minori e l'ormai indelebile legame affettivo instaurato tra di loro, ma anche il rifiuto della Corte di intendere l'ordine pubblico internazionale «in un'ottica gretatamente poliziesca piuttosto che [...] come il complesso dei principi di civiltà essenziali ad un dato ordinamento e come la proiezione normativa dei diritti inviolabili dell'uomo», inclusi i diritti del minore. Anche qui, peraltro, trova il suo spazio la constatazione della «sempre [...] maggiore importanza [de] lla volontà di rivestire il ruolo di genitori [...] riconoscendo così un'autonoma rilevanza giuridica alla volontà di procreare»<sup>69</sup>.

---

filiazione tra il padre sociale ed il nato a seguito di fecondazione eterologa negli Stati Uniti, anche perché questo è solo questo è l'effetto prodotto e non certo la legittimazione tout court della fecondazione eterologa. Per completezza, ricordato che l'ordine pubblico esprime la sintesi dei valori costituzionali e di quelli condivisi con la comunità internazionale, va gettato un rapido sguardo sulla legislazione degli altri paesi europei: a parte la legislazione tedesca che consente solo la fecondazione omologa di coppie coniugate ed in vita, la legislazione norvegese consente la fecondazione eterologa, così come la legge francese, quella svedese e quella austriaca che la estendono alle coppie conviventi; infine, il legislatore spagnolo permette la fecondazione sia omologa che eterologa avendo come destinataria la donna e non la coppia e pertanto estendendola anche *post mortem*».

65 Tribunale di Forlì, sentenza del 25 ottobre 2011, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 2, p. 532 ss.

66 All'opera qui è «la gestazione come elemento imprescindibile del rapporto di maternità». Trib. Forlì, cit., alle cui conclusioni Tonolo, *La trascrizione*, cit., p. 87, oppone la possibilità di «una diversa valutazione del limite dell'ordine pubblico, già in sede di trascrizione di un atto di nascita straniero, concernente cittadini italiani, soprattutto in presenza da un lato della presunta maternità di una donna di più di sessant'anni, e dall'altro, di una simulata gravidanza». Per un'analisi comparata di questo principio v. D. Gruenbaum, *Foreign Surrogate Motherhood. Mater Semper Certa Erat*, in 60 *American Journal of Comparative Law*, 2012, p. 475 ss.

67 Campiglio, *L'identità*, cit., p. 1133.

68 Corte d'Appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 699 ss., commentata tra l'altro da C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, *ibid.*, p. 589 ss.; in *Int'l Lis*, 2009, p. 20 ss., con nota di M.C. Baruffi, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*; in *Famiglia e minori*, 2009, 5, p. 50 ss., con nota di M. Castellaneta; in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 850 ss., con nota di A. Zanobetti, *Riconoscimento di due provvedimenti britannici che attribuiscono ad una cittadina italiana la maternità di due bambini nati nel Regno Unito a seguito di surrogazione eterologa di maternità*; *ibid.*, 2010, p. 251 ss., con nota di M.C. De Tommasi, *Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi a un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, contenente un'interessante analisi comparata*; in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 349 ss., con nota di M. Dell'Utri, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*.

69 Corte d'Appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, cit.



Un quadro così variegato della prassi dei Paesi d'origine rivela l'intrinseca debolezza del principio *fraus omnia corrumpit*, che non riceve riconoscimento universale. Anzi, altri interessi degni di tutela quali, segnatamente, l'affermazione di una genitorialità responsabile e l'interesse del minore, sono in gioco quando si parla di gestazione per altri effettuata all'estero. Sono proprio questi interessi a rilevare, come la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di affermare, nel caso della famiglia Paradiso-Campanelli.

## 5. L'insostenibile leggerezza dell'ordine pubblico

Messa di fronte alla diversità delle opzioni possibili praticate negli Stati europei coinvolti, la Corte europea dei diritti umani nelle due sentenze «gemelle» *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* ha approntato una soluzione di evidente compromesso: nessun riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, ma obbligatorietà del riconoscimento di quello paterno in virtù del legame genetico esistente con il bambino, alla luce del diritto di quest'ultimo al *rispetto della propria identità personale*<sup>70</sup>.

Brevemente, i due procedimenti in questione traevano origine proprio dalle citate sentenze della *Cour de Cassation* francese, che avevano negato qualsivoglia riconoscimento del rapporto di filiazione — e dunque la trascrizione, in Francia, del certificato di nascita ottenuto negli Stati Uniti — in conseguenza del carattere asseritamente fraudolento della condotta dei genitori.

In difesa di tale posizione il governo francese aveva sostenuto che i genitori intenzionali non pativano «*aucune difficulté pour l'exercice quotidien de cette autorité [parentale]*»<sup>71</sup>, neppure in materia successoria, dal momento che ogni diritto poteva pur sempre essere fatto valere in Francia proprio in virtù del certificato di nascita estero. L'ingerenza nei diritti dei ricorrenti, giustificata dalla volontà di prevenire e reprimere la gestazione per altri secondo una valutazione sovrana del Parlamento nazionale, si riduceva dunque al solo rifiuto di trascrizione, considerato dal governo poca cosa rispetto alle esigenze quotidiane delle persone coinvolte.

Al riguardo la Corte distingue, nell'alveo dell'art. 8 della CEDU, tra il diritto dei genitori intenzionali al rispetto della loro vita familiare e il diritto del minore nato da gestazione per altri all'estero al rispetto della sua vita privata, in particolare il diritto di quest'ultimo di «*établir les détails de son identité d'être humain, qui inclut sa filiation*»<sup>72</sup>. Se rispetto al primo la Corte non riscontra alcuna violazione, in quanto il rifiuto di trascrizione del certificato di nascita estero «*ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État*»<sup>73</sup>, equilibrio che il giudice nazionale ha avuto la possibilità di accertare dopo «*un examen concret de la situation*»<sup>74</sup>, una violazione si è invece verificata a scapito del secondo.

70 Corte Edu, sentenze del 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, e ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, in *Journal du droit international*, 2014, risp. p. 1265 e 1267 ss., con nota di J. Guillaumé; in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806 ss. e nota di L. D'Avout, *La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassee*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 1122 ss., con nota di C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale*, cit.; v. anche il commento di M.M. Giungi, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 953 ss. e di C. Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *Articolo29.it*, 15 luglio 2014.

71 Corte Edu, sentenza del 26 giugno 2014, *Labassee*, cit., par. 46: «*Ainsi, premièrement, des certificats de nationalité française sont délivrés sur le fondement de tels actes dès lors qu'il est établi que l'un des parents est français (à ce titre, le Gouvernement produit une copie de la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013) ; deuxièmement, les premier et deuxième requérants exercent pleinement l'autorité parentale sur la troisième requérante, sur le fondement des actes de l'état civil américain de cette dernière, ils ne font état d'aucune difficulté pour l'exercice quotidien de cette autorité, et le décès de l'un d'eux serait sans effet sur le bénéfice de l'autorité parentale dont l'autre parent jouit ; troisièmement, si un divorce devait survenir, le juge aux affaires familiales fixerait le lieu de résidence et les droits de visite des parents tels que ceux-ci sont désignés par l'acte d'état civil étranger ; quatrièmement, la preuve de la qualité d'héritier pouvant être apportée par tout moyen, la troisième requérante serait en mesure d'hériter des premiers requérants sur le fondement de son acte d'état civil américain dans les conditions du droit commun. Le Gouvernement s'interroge en conséquence sur la portée réelle de l'ingérence dans la vie familiale des requérants, cette ingérence étant réduite à l'impossibilité pour eux de se voir délivrer des actes d'état civil français*».

72 *Ibid.*, par. 49.

73 *Ibid.*, par. 73. A tal riguardo, difendendo la soluzione adottata dalla *Cour de Cassation* nei casi sopra ricordati, il governo francese aveva sostenuto — con successo, a questo punto possiamo dire — che «*le fait que la possession d'état de l'enfant] à l'égard des premiers requérants ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ne l'empêchait pas de vivre avec les premiers requérants en France*» (*ibid.*, par. 72).

74 *Ibid.*, par. 72.

«[E]n l'état du droit positif» — osserva a tal riguardo la Corte, ripetendo ironicamente le parole con le quali, come sappiamo, la *Cour de Cassation* era solita iniziare le proprie sentenze in materia — i figli nati da gestazione per altri all'estero «se trouve[nt ...] dans une situation d'incertitude juridique» dovuta al fatto di essere sì considerati dalla Francia figli dei genitori intenzionali in virtù del *parental order* pronunciato all'estero, ma senza che tale legame sia in effetti riconosciuto nell'ordinamento francese. «[P]areille contradiction porte atteinte à l'identité de [ces enfants] au sein de la société française»<sup>75</sup>. In particolare, essa si pone in contrasto con due aspetti essenziali del diritto del minore di «établir la substance de son identité, y compris sa filiation»<sup>76</sup>, ossia l'acquisizione della cittadinanza (francese), e dunque l'appartenenza a una determinata comunità nazionale (*status civitatis*), da un lato, e la capacità di succedere al padre biologico, espressione a sua volta «de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun», dall'altro (*status personae*)<sup>77</sup>.

Tra i modelli conosciuti dal panorama comparato, pertanto, la Corte ha scelto quello in un certo senso meno impegnativo, corrispondente come abbiamo visto a un «*accommodement*», che non pone il minore «*hors de la loi*» ma si limita a correggere solo alcuni aspetti della sua condizione — altrimenti «*marquée par la précarité*»<sup>78</sup> — senza mettere in discussione l'interesse dello Stato a scoraggiare il ricorso, da parte dei propri cittadini, a tecniche di procreazione medicalmente assistita che ha scelto di vietare sul suo territorio. In questo ambito, piuttosto, dato l'alto grado di diversità esistente in Europa tra le normative in tema di gestazione per altri, gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento, che però non si estende fino al punto di negare del tutto il diritto del minore ad acquisire un'identità nelle sue tre dimensioni della cittadinanza (*status civitatis*), della filiazione (*status personae*) e della successione (*status familiae*).

È chiaro che in questo quadro il concetto di ordine pubblico internazionale assume una veste nuova. Non che la Corte non si fosse già occupata in passato di questo concetto, da considerarsi ormai «*in lenta agonia*»<sup>79</sup>. Infatti, già nei casi *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*<sup>80</sup> e *Negrepontis-Giannisis c. Greece*<sup>81</sup> la Corte, facendo leva sugli «*obstacle in the[ applicants'] daily life*»<sup>82</sup> aveva ritenuto incompatibile con l'art. 8 della CEDU l'ingerenza esercitata dagli Stati convenuti — proprio attraverso l'eccezione di ordine pubblico — nella vita familiare dei ricorrenti, e il loro conseguente rifiuto «*to enable that tie to be developed and establish legal safeguards that render possible the child's integration in his family*»<sup>83</sup>.

In entrambe le sentenze la Corte riconosce la prevalenza della «*social reality*» del legame familiare instauratosi all'estero rispetto alle politiche legislative nazionali volte a promuovere la famiglia fondata sul matrimonio, e afferma che «*l'interprétation par le juge [...] de la notion d'ordre public ne doit pas être faite de manière arbitraire et disproportionnée*»<sup>84</sup>. L'ordine pubblico si trasforma così — come è stato giustamente osservato — da strumento di tutela degli interessi nazionali a «*a sort of playfield where national values and supra-national imperatives meet and merge[as] the result of a dynamic process of osmosis between local and regional policies*»<sup>85</sup>.

75 *Ibid.*, par. 75.

76 *Ibid.*, par. 78.

77 *Ibid.*

78 Fulchiron, *La lutte*, cit., p. 576.

79 Campiglio, *Il diritto all'identità personale*, cit.

80 Corte Edu, sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner and J.M.W.L. c. Lussemburgo*, in *Journal du droit international*, 2008, p. 187 ss., con nota di L. D'Avout, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 467 ss. e in *17 Human Rights Case Digest*, 2006-2007, p. 1109 ss. Sulla sentenza v. i commenti di P. Pirrone, *Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Diritti umani diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss. e di P. Kinsch, *Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 807 ss.; G. Pizzolante, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di adozione internazionale*, in G. Carella (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 172 ss., p. 184 ss..

81 Corte Edu, sentenza del 3 maggio 2011, ricorso n. 56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, commentata da P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss. Il caso è sostanzialmente diverso dalla precedente sentenza contro il Lussemburgo, perché non riguarda un minore, bensì due adulti — un monaco greco che aveva adottato suo nipote — già legati tramite adozione in Michigan da oltre un ventennio. Nondimeno, esso finisce per confermare e in parte integrare le statuizioni del caso *Wagner*.

82 Corte Edu, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner*, cit., par. 132.

83 *Ibid.*, par. 119.

84 Corte Edu, sentenza del 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis*, cit., par. 90.

85 Franzina, *Some Remarks*, cit., p. 615.

Nel caso della famiglia Paradiso-Campanelli — che chiaramente sul piano del fatto si allontana dai precedenti ora ricordati, per l'assenza di legame biologico tra il minore e i genitori intenzionali — sul campo da gioco si ritrovano, testa a testa, il giudizio sul disegno procreativo e l'interesse del minore. Furore punitivo contro status del minore, insomma. Ricordiamo al riguardo che la questione centrale nelle sentenze dei giudici italiani che si sono occupati della vicenda era costituita dalla dichiarata contrarietà del certificato di nascita russo rispetto all'ordine pubblico internazionale italiano, derivante dalla sua asserita falsità in ragione dell'assenza di legame biologico tra il bambino e i genitori intenzionali.

A questo riguardo la Corte di Strasburgo chiarisce che «*la référence à l'ordre public ne saurait [...] passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*»<sup>86</sup>. Diversamente da quanto hanno stabilito i giudici italiani, pertanto, la semplice contrarietà del certificato di nascita estero all'ordine pubblico non giustifica l'allontanamento del minore, il quale può essere disposto solo per gravi motivi, come «*mesure extrême [...] au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci*»<sup>87</sup>. Su questo punto i precedenti della giurisprudenza di Strasburgo sono molto chiari: «*l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité*»<sup>88</sup>.

Questo asserito «pericolo» non può evidentemente risiedere nel solo fatto che i genitori intenzionali hanno cercato di aggirare la legge nazionale rivolgendosi a una madre surrogata in Russia, perché tale circostanza nulla rivela in termini di capacità educativa dei genitori intenzionali. In altre parole, essere buoni genitori non dipende dalle modalità di nascita del figlio, come del resto dimostrano non solo la realtà dell'adozione, ma altresì l'evidenza delle famiglie i cui figli sono nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita. D'altro canto neppure il timore, espresso dai giudici molisani, che «*l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention pour le cas où il serait resté auprès d'eux*», appare sufficiente a giustificare l'allontanamento<sup>89</sup>.

Disponendo l'allontanamento di T. Campanelli dalla sua famiglia e cancellando la sua identità per oltre due anni, i giudici italiani hanno puntato tutto sul furore punitivo nei confronti della coppia anziché sui diritti del minore. È un richiamo indiretto anche alla sorprendente sentenza della Cassazione n. 24001/2014 sopra accennata, che ha confermato l'allontanamento del minore disposto dai giudici inferiori in conseguenza dell'assenza di legami genetici con i genitori intenzionali. Anche qui, il ragionamento della Corte è tutto incentrato sul dato biologico anziché sull'esigenza di giustificare l'allontanamento sulla base di considerazioni di peso, come dettato con esemplare precisione dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo.

## 6. Conclusione

Al di là degli aspetti specifici del caso che ha occupato queste pagine, talvolta ancora incerti e il più delle volte tragici nella loro umana concretezza, la lezione da trarre dalla sentenza in commento è una sola: quella del riconoscimento e della conservazione del legame familiare del figlio di una madre surrogata straniera con i suoi genitori intenzionali italiani non è un'opzione che i tribunali italiani possono permettersi di scartare *a priori*.

86 Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso*, cit., par. 80.

87 *Ibid.*

88 Corte Edu, sentenza del 24 maggio 1988, ricorso n. 10465/83, *Olsson c. Svezia*, in *Recueil, Série A*, n. 130 e in 4 *Human Rights Case Digest*, 1993, p. 24 ss., par. 72, secondo la quale i motivi presentati dallo Stato a giustificazione dell'allontanamento devono essere «*pertinents et suffisants [...] à la lumière de l'ensemble de l'affaire*» (*ibid.*, par. 68, principio ribadito altresì dalla stessa Corte Edu nella sentenza del 26 settembre 1995, *Vogt c. Germania*, in *Recueil, Série A*, n. 323, par. 52). Secondo la giurisprudenza della Corte, inoltre, nelle decisioni riguardanti l'allontanamento del minore dalle persone con le quali si trova occorre necessariamente «*avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, [...] l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation*» (Ead., sentenza del 23 settembre 1994, *Hokkanen c. Finlandia*, in *Recueil, Série A*, n. 299-A, par. 55). Si vedano sul punto, più di recente, Ead., sentenza del 10 aprile 2012, ricorso n. 19554/09, *Pontes c. Portugal*, par. 74 ss. e sentenza del 21 gennaio 2014, ricorso n. 33773/11, *Zhou c. Italia*, par. 55 ss., riportate testualmente nella sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso*, par. 80; Grande Camera, sentenza del 13 luglio 2000, ricorsi n. 39221/98 e 41963/98, *Scozzari et Giunta c. Italia*, par. 148, che richiama le sentenze testé ricordate; Grande Camera, sentenza del 6 luglio 2010, ricorso n. 41615/07, *Neulinger et Shuruk c. Svizzera*, par. 136; ricorso n. 4547/10, *Y.C. c. Regno Unito*, par. 133 ss. In dottrina v. J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, Giuffré, 2006, p. 60 ss.

89 Corte Edu, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso*, cit., par. 82.

La loro valutazione deve infatti mettere in secondo piano le esigenze di rispetto delle libere scelte del legislatore nazionale per realizzare invece l'autentico interesse del minore a vivere con due genitori che gli donino cura e affetto. Il tentativo di aggirare la legge italiana recandosi all'estero, già all'origine di tanta sofferenza e abnegazione da parte di tutti i soggetti coinvolti, non può essere di pregiudizio al minore. Strasburgo rimane, ancora una volta, il faro che illumina la via.

La vera storia da raccontare, allora, è di come i giudici italiani continuino a mancare di riferirsi — con una sistematicità che sembra sfiorare l'inquietudine — alle chiare indicazioni dei loro colleghi di Strasburgo. Ma di questo tema qui non possiamo qui occuparci diffusamente perché, come direbbe qualcuno, questa sarebbe un'altra storia.



*Ester di Napoli\**

## La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero

### Sommario

1. Introduzione – 2. Profili problematici sottesi alla circolazione, in Europa, degli *status* acquisiti all'estero dietro ricorso a tecniche di riproduzione assistita: la funzione ricoperta dal diritto internazionale privato – 3. Le soluzioni accolte dalla Corte d'appello di Torino: metodi di riconoscimento – 4. (*Segue*) ...e considerazioni di ordine pubblico – 5. In particolare, il ruolo del principio del superiore interesse del minore: il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* – 6. Osservazioni conclusive.

### Abstract

In un recente decreto, la Corte d'appello di Torino si è confrontata, per la prima volta in Italia, con la questione relativa alla trascrizione, nei registri dello stato civile, di un certificato di nascita di un minore nato in Spagna da due donne coniugate, che avevano fatto ricorso alla fecondazione assistita. Assumendo una prospettiva italiana, il presente scritto trae spunto dalla decisione in commento per affrontare alcune problematiche internazionalprivatistiche derivanti dalla circolazione in Europa — per mezzo di atti non giurisdizionali — degli *status* acquisiti all'estero a seguito del ricorso alle tecniche di fecondazione assistita eterologa. Da una parte, lo scritto rileva come la Corte d'appello, pur richiamando erroneamente l'art. 65 della L. n. 218/95, accolga il metodo del riconoscimento conflittuale bilaterale, tramite il richiamo all'art. 33 della stessa legge. Dall'altra, l'articolo analizza le considerazioni svolte dalla Corte sul limite dell'ordine pubblico in relazione al principio del superiore interesse del minore e al principio che collega la maternità all'evento del parto (*mater semper certa est*). In merito a quest'ultimo, lo scritto sottolinea il rilievo che nell'ordinamento italiano viene acquistando la volontarietà del comportamento necessario per la filiazione, a prescindere da qualsiasi legame genetico, rafforzando così il principio-guida della responsabilità procreativa. Una più ampia riflessione è dedicata all'esame del ruolo svolto dall'interesse superiore del minore quale contenuto dell'ordine pubblico del foro, anche in relazione ad alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'Uomo rese sul rispetto del diritto alla vita privata e familiare sancito all'art. 8 Cedu, tra cui la recente decisione resa nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

*For the first time in Italy, the Court of Appeal of Turin has recently dealt with the registration — in the civil status registers — of a Spanish birth certificate of a child born from two married women who had resorted to medically-assisted fertilization. From an Italian perspective and taking inspiration from the decision under review, the paper addresses some issues of private international law arising from the movement, in Europe, of status acquired abroad — and circulating by means of non-judicial acts — as a result of the use of heterologous assisted fertilization. On the one hand, the article points out that the Court of Appeal, mistakenly referring to article 65 of Italian law No 218/95, accepts the method of recognition which resorts to the conflicts-of-laws rules of the forum and, specifically, to the one contained in article 33 of the same law. On the other, the paper analyzes the Court's arguments regarding the extent of the public policy exception, in relation to the principle of the best interests of the child, and*

\* Dottore di ricerca in Diritto internazionale, Università di Padova. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

the principle which links motherhood to childbirth (*mater semper certa est*). With regards to the latter, the paper emphasizes the increasingly significant role played in the Italian system by the voluntary behaviour necessary to establish a parent-child relationship, regardless of any genetic connection, and therefore strengthening the guiding principle of procreative responsibility. A broader reflection is lastly devoted to the role played by the best interests of the child as constituent element of the public policy of the forum, also in the light of some recent decisions of the European Court of Human Rights on the right to private and family life enshrined in Article 8 of the ECHR, including the recent decision delivered in the case *Paradiso and Campanelli v. Italy*.

## 1. Introduzione

Con decreto del 29 ottobre 2014<sup>1</sup>, la Corte d'appello di Torino ha accolto il ricorso di due donne volto ad ottenere l'autorizzazione alla trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita del figlio, minore d'età, rilasciato all'estero.

Le due istanti, rispettivamente italiana e spagnola, avevano contratto matrimonio in Spagna ed erano residenti a Barcellona. La coppia aveva fatto ricorso all'inseminazione artificiale eterologa secondo le disposizioni contenute nella *Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida* ("LTRA")<sup>2</sup>. Una donna aveva donato il proprio ovulo alla coniuge, che aveva portato avanti la gravidanza e partorito. Secondo la normativa ora citata, entrambe le donne risultavano madri del minore; al momento della nascita, quest'ultimo aveva acquistato la cittadinanza spagnola. Sempre in Spagna, le donne avevano poi divorziato ed il bambino era stato loro affidato in via congiunta.

Il caso giunto dinanzi alla Corte d'appello di Torino, il primo in Italia<sup>3</sup>, illustra una particolare declinazione del complesso fenomeno relativo al ricorso, all'estero, alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo, la pratica di inseminazione artificiale ove uno o entrambi i gameti impiegati sono estranei alla coppia. Poiché le donne, al momento della fecondazione assistita erano residenti in Spagna, dove si erano sposate e dove, dopo qualche tempo, avevano divorziato, la fattispecie non si colloca tra i casi che integrano il fenomeno del c.d. "turismo riproduttivo"<sup>4</sup>, che invece interessa la mobilità transnazionale delle persone finalizzata al ricorso a tali tecniche: tra queste figura anche la c.d. maternità surrogata<sup>5</sup>, la pratica contrattuale per cui la coppia che si reca all'estero (coppia committente) ricorre ad una terza donna (madre surrogata), che pone a disposizione il proprio corpo ai fini della sola gestazione (maternità surrogata gestazionale o, più volgarmente, "utero in affitto") ovvero partecipando alla gravidanza attraverso il proprio ovocita (maternità per concepimento e gestazione).

Negli ultimi anni, si è invero assistito ad un forte incremento della circolazione attraverso le frontiere di coppie sterili che, originarie di ordinamenti che non riconoscono oppure proibiscono o limitano le pratiche di fecondazione artificiale, si rivolgono a cliniche ed agenzie straniere che offrono veri e propri "pacchetti", comprensivi di tutti i servizi (anche, ad esempio, psicologici o di assistenza giuridica) di cui la coppia, oltre all'intervento medico in sé, può avere interesse ad avvalersi nello Stato d'arrivo<sup>6</sup>. In alcuni Stati, come gli Stati Uniti<sup>7</sup>, la Russia, l'Ucraina e l'India<sup>8</sup>, le attività che si svolgono in questo settore rivestono una rilevanza economica non trascurabile. Tra gli Stati membri dell'Unione, la Grecia

1 Reperibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) e pubblicata *infra*, p. 291 ss.

2 In *Boletín Oficial del Estado* (BOE), n. 126, del 27 maggio 2006 (Referencia: BOE-A-2006-9292).

3 Con un provvedimento del 4 febbraio 2015, l'Ufficio dello stato civile del Comune di Roma ha trascritto il certificato di nascita di un bambino nato a Buenos Aires da una madre italiana e da una madre argentina, in seguito a procreazione medicalmente assistita; il minore ha acquisito anche la cittadinanza italiana (il provvedimento è reperibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)).

4 M. Inhorn, P. Patrizio, *Reproductive tourism as reproductive exile*, in *Fertility and Sterility*, 2009, p. 904 ss.

5 Per un'analisi del fenomeno v. per tutti A.B. Faraoni, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002.

6 Si veda ad esempio, il sito <http://intendedparents.com/>; per la Spagna: <http://www.subrogalia.com/es/> e <http://vientrealquiler.com/>.

7 Per tutti, v. S. Markens, *Surrogate Motherhood and the politics of reproduction*, Oakland, University of California Press, 2007.

8 Con riferimento all'India ed all'Ucraina, v. le informazioni contenute, rispettivamente, agli indirizzi <http://www.surrogacyindia.com/> e <http://en.surrogacy-ukraine.com/programs.php>. Soprattutto negli Stati in cui la tecnica della maternità surrogata è ormai parte dell'economia del paese, si sono sviluppati accesi dibattiti intorno alla tutela dei diritti della madri surrogate: v. R. Kumar, *Trying to tame the Wild West of surrogacy in India*, 14 gennaio 2015, consultabile in <http://america.aljazeera.com/articles/2015/1/14/the-wild-west-of-surrogacy.html>.

rappresenta il “laboratorio” più avanzato nello sviluppo di tecniche di fecondazione medicalmente assistita, l’unico che prevede un quadro giuridico articolato, in tema di maternità surrogata<sup>9</sup>.

Il dibattito intorno all’impiego di tali tecniche, che si sviluppa tanto sul piano etico<sup>10</sup> quanto su quello giuridico<sup>11</sup>, varia dunque da Stato a Stato<sup>12</sup>. Questo conduce ad una variegata disciplina degli aspetti che ruotano intorno a tali pratiche, come l’attribuzione del rapporto di filiazione tra il nato ed i genitori committenti che abbiano concluso un contratto di maternità surrogata; lo stabilimento della paternità in caso di ricorso alla fecondazione assistita eterologa quando i gameti maschili non siano quelli del coniuge; la regolamentazione delle connesse responsabilità per inadempimento contrattuale. Ciò determina una grave incertezza giuridica delle fattispecie e dei rapporti nello spazio, nonché il pregiudizio inerente alle c.d. situazioni claudicanti (*limping situations; situations boiteuses*)<sup>13</sup>, ossia alla discontinuità degli *status* attraverso le frontiere.

Si assiste, di conseguenza, all’emersione di nuove figure familiari e, così, di nuove forme di genitorialità: ai genitori biologici e genetici si affiancano i c.d. genitori sociali, coloro che lo divengono mediante una libera manifestazione di volontà, a prescindere, pertanto, dal grado di partecipazione genetica (*intended parents; parents d’intention*). È con queste ultime figure che gli ordinamenti richiesti — dove la coppia decide di stabilirsi ovvero da cui si allontana per poi farvi ritorno, richiedendovi il riconoscimento degli *status* e dei rapporti familiari costituiti altrove — si trovano sempre più spesso a dover dialogare, a tal fine ricorrendo agli strumenti del diritto internazionale privato, e in particolare a quelli volti a definire le condizioni alle quali può essere assicurata la circolazione attraverso le frontiere degli *status* acquisiti validamente all’estero.

Il presente lavoro guarda al fenomeno appena illustrato da una prospettiva italiana. Traendo spunto dalla decisione della Corte d’appello di Torino richiamata in apertura, ci si soffermerà sugli aspetti internazionalprivatistici delle questioni affrontate, dedicando una particolare attenzione al ruolo svolto, in questo quadro, dal principio del superiore interesse del minore, quale emerge anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>14</sup>.

- 9 Sulla maternità surrogata in Grecia v. per tutti A.N. Hatzis, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, in SSRN, 2010, reperibile a questo indirizzo: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1689774](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689774).
- 10 Il ricorso a tali tecniche di riproduzione assistita e, soprattutto, alla pratica della maternità surrogata, ha fomentato un acceso dibattito sul piano etico, in special modo suscitando le opposizioni dei movimenti femministi, che contestano la mercificazione del corpo della donna surrogata, definita quale “*womb for rent*”. V. anche la Dichiarazione n. 522 dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa dedicata alla maternità surrogata, per cui “*la maternité de substitution est incompatible avec la dignité des femmes et des enfants concernés et constitue une violation de leurs droits fondamentaux*” (reperibile in [www.coe.int](http://www.coe.int)). In questo senso v. anche M.M. Tieu, *Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers*, in *Journal of Medical Ethics*, 2009, p. 171 ss.
- 11 Basti pensare che nel Regno Unito, ove la pratica della maternità surrogata è disciplinata dal *Surrogacy Arrangements Act 1985*, lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* — che prevede il procedimento giudiziario volto ad attribuire la maternità alla committente — non ammette la c.d. *commercial surrogacy*, ossia la previsione di un compenso alla madre surrogata, al di là delle spese necessarie. La giurisprudenza, tuttavia, pur considerando che è una “*policy decision that commercial surrogacy agreements should not be regarded as lawful*”, riconosce che “*equally there is clearly a recognition that sometimes there may be reasons to do so*”, dunque ponendosi a metà tra le posizioni di quegli Stati che proibiscono la maternità surrogata (come ad esempio Italia, Germania e Turchia) e quelli che la permettono — anche dietro corrispettivo — ed anzi la incoraggiano (come California, India ed Ucraina). Tra gli altri, v. le considerazioni svolte dalla High Court of Justice (Family Division) nel caso X & Y ([2008] EWHC 3030 (Fam)), reperibile a questo indirizzo: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html>. Sulla disciplina e sulla pratica della maternità surrogata nel Regno Unito v. C. Fenton-Glynn, *The regulation and recognition of surrogacy under English law*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2015, p. 18 ss., nonché <http://www.surrogacyuk.org/>.
- 12 Per uno sguardo comparato alle discipline e, in generale, all’atteggiamento di alcuni Stati membri e Stati terzi alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita, nonché alla pratica della maternità surrogata, v. il recente studio svolto dalla DG Affari Interni del Parlamento europeo, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, 2013, pp. 200-351, reperibile sul sito [www.europarlamento.eu](http://www.europarlamento.eu).
- 13 Sul “*besoin sociale de continuité et de stabilité de l’état de la personne*” e, pertanto, sulla conseguente necessità di evitare le c.d. situazioni claudicanti v. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, t. 348, 2010, p. 256 ss., spec. p. 272.
- 14 Sono estranei alla presente trattazione, in particolare, gli aspetti penalistici del ricorso a tecniche di fecondazione assistita. In argomento, v. tra gli altri A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito: statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012.

## 2. Profili problematici sottesi alla circolazione, in Europa, degli *status* acquisiti dietro ricorso a tecniche di riproduzione assistita: la funzione ricoperta dal diritto internazionale privato

Gli *status*, per tali intendendosi le posizioni che l'individuo occupa all'interno della società<sup>15</sup>, possono circolare attraverso le frontiere mediante un duplice ordine di "veicoli". Occorre infatti distinguere, a questo proposito, tra la situazione che si verifica quando lo *status* è creato tramite l'intervento di un'autorità giurisdizionale, e quella che si presenta quando lo *status* viene costituito *ex lege*. Se i primi circolano mediante provvedimenti giudiziari, questi ultimi "seguono" l'individuo mediante atti di natura amministrativa, che possono incidere sulle corrispondenti situazioni giuridiche soggettive, nella misura in cui lo prescrive la legge (l'autorità amministrativa può, a seconda dei casi, semplicemente "ricevere" lo *status*, ovvero costituirlo a seguito di un accertamento). Tali atti, pertanto, si differenziano dai documenti pubblici che, invece, consentono la diffusione e la conoscibilità ai terzi: entrambi gli *status* di creazione giudiziale quanto quelli discendenti dalla legge sono soggetti, infatti, al fenomeno della pubblicità.

Gli strumenti di diritto internazionale privato e processuale dell'Unione, adottati nel settore del diritto di famiglia sulla base dell'art. 81, par. 3, del TFUE, contengono disposizioni relative esclusivamente alla prima delle fattispecie sopra delineate, ossia al riconoscimento degli *status* costituiti, o oppure modificati o estinti, per effetto un provvedimento dell'autorità giurisdizionale di uno Stato membro<sup>16</sup>. Il riferimento è al regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (c.d. "Bruxelles II bis")<sup>17</sup>, che istituisce un regime "preferenziale" di circolazione delle decisioni (art. 21 ss.). Il regolamento fornisce una definizione autonoma di "decisione"<sup>18</sup> ed inoltre si preoccupa di equiparare alle decisioni, intese nel senso ivi specificato, gli "atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva"<sup>19</sup> ai fini della disciplina sul riconoscimento e l'esecuzione. Entro tali canali sono dunque convogliate tutte quelle decisioni (o atti pubblici aventi efficacia esecutiva)<sup>20</sup>, che rientrano nell'ambito di applicazione materiale del regolamento e che conferiscono ai coniugi lo *status* conseguente ad un procedimento di separazione o divorzio, oppure relativo alla determinazione ed alla regolamentazione della responsabilità genitoriale. Il regolamento prevede peraltro espressamente di non applicarsi alla "determinazione o all'impugnazione della filiazione" così come anche "alla decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione".

Allo stato, non esiste invece alcuno strumento di diritto internazionale privato uniforme — a livello internazionale o europeo — che abbia ad oggetto la disciplina del riconoscimento degli *status* personali e familiari costituiti all'estero al di là dei casi sopra delineati. Tale lacuna è dovuta, da una parte, alla limitata competenza che l'Unione possiede in questo ambito nonché al complesso iter legislativo che

15 Lo *status* (*état juridique* o *état des personnes*), secondo Baratta (*La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., pp. 265-267), può riferirsi alla condizione giuridica di una persona in quanto membro di una famiglia (*status familiae*), alla situazione caratterizzata dal fatto di essere un individuo libero (*status libertatis*) ovvero, secondo un'accezione pubblicistica, all'appartenenza di un individuo ad un determinato Stato (*status civitatis*). Questo scritto ha ad oggetto la prima delle accezioni indicate.

16 Sono esclusi da questa riflessione, pertanto, quei regolamenti che disciplinano il riconoscimento e l'esecuzione di atti pubblici muniti di forza esecutiva, nella specie il regolamento (CE) n. 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (in GUCE L 143 del 30.04.2004, p. 15 ss.); il regolamento (CE) n. 1896/2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento (in GUCE L 399 del 30.12.2006, p. 1 ss.) e il regolamento (CE) n. 861/2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità (in GUCE L 199 del 31.07.2007, p. 1 ss.).

17 In GUCE L 338 del 23.12.2003, p. 1 ss.

18 Ai sensi dell'art. 2, n. 4, per "decisione" si intende "una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio emessa dal giudice di uno Stato membro, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio decreto, sentenza o ordinanza".

19 Il considerando n. 22 chiarisce infatti che "[g]li atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a 'decisioni' ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione".

20 Essendo ammesso in molti Stati terzi il c.d. divorzio notarile (a Cuba, ad esempio) ed essendo presumibilmente destinato a diffondersi anche in Europa, in mancanza di precisazioni in merito nel regolamento n. 2201/2003, è da chiedersi se gli atti notarili in questione siano ammessi a tale circolazione "agevolata". Sul punto v. tra gli altri O. Lopes Pegna, *Nuove frontiere del forum shopping: effetti in Italia dei divorzi "facili" ottenuti all'estero*, in Aldricus, 3 dicembre 2012 (<http://aldricus.com/2012/12/03/divorzi-facili/>).



l'art. 81, par. 3, del TFUE accorda alle "misure relative al diritto di famiglia"<sup>21</sup>. Dall'altra parte, e nella specifica materia della filiazione, la lacuna è motivata dalla già accennata difformità normativa che incontrano le tecniche di procreazione medicalmente assistita (così come la disciplina della maternità surrogata) negli Stati membri dell'Unione.

Nonostante, dunque, il recente dibattito sviluppatosi in seno alla dottrina<sup>22</sup>, alle istituzioni dell'Unione<sup>23</sup> e ad alcune organizzazioni internazionali<sup>24</sup>, sulla opportunità di uno strumento di diritto internazionale privato uniforme in questo settore, gli Stati conservano intatta, in quest'ambito, la propria sovranità. Ciò implica che la determinazione delle condizioni di riconoscimento di tali *status* acquisiti all'estero è da rinvenire esclusivamente nella disciplina internazionalprivatistica interna ad ogni ordinamento.

Esistono nondimeno taluni strumenti di natura pattizia volti a facilitare la circolazione di certificati emessi all'estero, senza tuttavia pronunciarsi sul riconoscimento, nello Stato richiesto, dei relativi *status* in essi contenuti. È questo il caso, ad esempio, di certe convenzioni elaborate in seno alla *Commission Internationale de l'État Civil*<sup>25</sup>, che intervengono a livello di cooperazione amministrativa, agevolando la ricezione di tali documenti da parte degli uffici competenti.

I regolamenti ad oggi adottati dalla Comunità europea prima ed ora dall'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile estranei al diritto di famiglia contengono alcune disposizioni volte a rafforzare la circolazione di documenti pubblici, alla stregua di quanto previsto dalle convenzioni elaborate nel quadro della *Commission Internationale de l'État Civil*. Il regolamento (UE) n. 650/2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo<sup>26</sup>, all'art. 59 stabilisce che "[u]n atto pubblico redatto in uno Stato membro ha in un altro Stato membro la stessa efficacia probatoria che ha nello Stato membro d'origine o produce gli effetti più comparabili, a condizione che ciò non sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro interessato". A completare tale previsione, il considerando n. 61 chiarisce inoltre che "l'efficacia probatoria di un atto pubblico in un altro Stato membro sarà...determinata dalla legge dello Stato membro d'origine".

Anche la proposta di regolamento presentata il 24 aprile 2013 in tema di libera circolazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea<sup>27</sup> (che pure rinviene la propria base giuridica non nell'art. 81

21 Si pensi al tortuoso percorso — alternativo all'unanimità richiesta dal TFUE — di adozione del regolamento (UE) n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, c.d. "Roma III", in GUUE L 343 del 29.12.2010, p. 10 ss. Tra gli altri v. O. Lopes Pegna, *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, p. 135 ss.; I. Ottaviano, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 113 ss.; F. Pocar, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 297 ss.

22 Tra gli altri, v. H. Fulchiron, *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?*, in *Journal du droit international*, 2014, p. 563 ss.; H. Baker, *A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There 'Lessons' to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?*, in *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, a cura di K. Trimmings e P. Beaumont, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 411 ss.; K. Trimmings, P. Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 2011, p. 627 ss.

23 V. lo studio del Parlamento europeo, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, cit., specialmente la parte curata da J. Carruthers e dedicata alle questioni problematiche ed alle prospettive di diritto internazionale privato uniforme, a p. 159 ss.

24 V. la sezione dedicata al "Parentage/Surrogacy Project", recante studi e questionari (nonché un modulo tramite il quale Autorità statali ed organizzazioni internazionali possono riferire al Permanent Bureau esperienze sul campo, in questo ambito) incentrati su *The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, reperibile sul sito ufficiale della Conferenza: <http://www.hcch.net>. Si veda anche lo studio condotto dalla *Commission Internationale de l'État Civil* (CIEC), *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les Etats membres de la CIEC*, 2014, consultabile sul sito ufficiale della Commissione: <http://www.ciec1.org>.

25 Nella specie, la *Convention relative à la délivrance de certains extraits d'actes de l'état civil destinés à l'étranger* (27 settembre 1956); la *Convention relative à la délivrance et à la dispense de légalisation des expéditions d'actes de l'état civil* (26 settembre 1957); la *Convention portant dispense de légalisation pour certains actes et documents* (15 settembre 1977). Il testo delle convenzioni, in lingua francese ed inglese, è consultabile sul sito della *Commission*.

26 In GUUE L 201 del 27.07.2012, p. 107 ss.

27 Proposta di regolamento che promuove la libera circolazione di cittadini e imprese semplificando l'accettazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea (COM(2013) 228 final), su cui v. in generale S. Marino, *Cooperazione amministrativa e*

bensi nell'art. 114, par. 1, del TFUE, concernente le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative)<sup>28</sup> ha rinunciato ad affrontare la questione attinente al riconoscimento degli *status*. Essa infatti prevede espressamente che “[i] moduli standard multilingue dell’Unione istituiti in virtù della presente proposta non produrranno effetti giuridici per quanto riguarda il riconoscimento del loro contenuto da parte degli Stati membri in cui saranno presentati”<sup>29</sup>. Sulla scia dello schema accolto nel regolamento sulle successioni, il legislatore europeo ha deciso di coniare un lessico specifico, con l’obiettivo di allontanare il rischio di equivoci legati proprio all’impiego della nozione di “riconoscimento”. Concetto, questo, che — come è noto e come sopra illustrato con il richiamo al regolamento n. 2201/2003 — è generalmente adoperato nell’ambito della circolazione delle decisioni giudiziarie ed implica l’apertura dell’ordinamento dello Stato richiesto verso valori stranieri, permettendo che ivi producano effetti — siano riconosciute, appunto — decisioni giudiziarie (ma anche norme generali ed astratte) espressione della sovranità altrui, dello Stato d’origine. Si è del resto avvertita l’esigenza di escludere espressamente ogni riferimento alla possibilità che tali atti pubblici potessero produrre effetti giuridici in ogni Stato membro diverso da quello di origine.

Il diritto internazionale privato (e, nella prospettiva qui adottata, la l. 31 maggio 1995, n. 218) riveste in questo scenario un ruolo di coordinamento tra i valori fondanti il nostro ordinamento e quelli sottesi alle fattispecie ed ai rapporti giuridici che chiedono di esservi riconosciuti<sup>30</sup>. Tale bilanciamento avviene mediante i meccanismi propri di questa disciplina: in assenza di una regolamentazione uniforme che poggi su valori condivisi da tutti gli Stati membri ed in costanza della dialettica che si viene così a creare fra interessi regionali e interessi nazionali, il diritto internazionale privato nazionale “gestisce” la circolazione degli *status* acquisiti all’estero a seguito di ricorso a tecniche di fecondazione assistita misurando l’apertura del nostro ordinamento verso l’esterno, ora promuovendola (mediante le previsioni preposte al riconoscimento) ora assoggettandola a limiti (in particolare tramite la clausola dell’ordine pubblico).

### 3. Le soluzioni accolte dalla Corte d’appello di Torino: metodi di riconoscimento

La Corte d’appello di Torino era stata adita dalle ricorrenti in sede di reclamo avverso la decisione del Tribunale di Torino che aveva respinto la richiesta di trascrizione dell’atto di nascita spagnolo rilevandone la contrarietà all’ordine pubblico ai sensi dell’art. 18, DPR 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile)<sup>31</sup>.

Le ricorrenti avevano dapprima proposto reclamo dinanzi al Tribunale ai sensi dell’art. 96 del DPR n. 396/2000. Tale disposizione prevede — come sottolinea la stessa Corte d’appello — un procedimento strumentale al compimento di un’attività di tipo meramente amministrativo, non idoneo dunque ad ottenere una pronuncia di accertamento del rapporto di filiazione tra le ricorrenti e il minore, né per il riconoscimento della cittadinanza italiana di quest’ultimo, dovendosi a tal fine proporre un ordinario giudizio di cognizione.

---

*circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 964 ss.

28 Per alcune brevi considerazioni circa le tecniche e gli obiettivi impiegati dal futuro regolamento e la loro correlazione con i meccanismi propri del diritto internazionale privato dell’Unione europea v. anche E. di Napoli, *La circolazione degli atti pubblici in Europa e i confini del diritto internazionale privato dell’Unione*, in *SIDIBlog*, 16 luglio 2013 (<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=397>).

29 Par. 1.3.2 della proposta (*Effetti giuridici*).

30 Sul ruolo ricoperto dal diritto internazionale privato nella “governance” del fenomeno migratorio v. A. Bucher, *La migration de l’état civil*, in *Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l’honneur de Hans van Loon*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, p. 101 ss.

31 Per un commento v. R. Cafari Panico, *Lo straniero e l’ordinamento dello stato civile*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 291 ss. nonché il più recente studio n. 577-2011/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *Gli atti dello stato civile formati all’estero riguardanti cittadini stranieri residenti in Italia*, del 1° dicembre 2011, reperibile in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). Le donne lamentavano l’illegittimità della decisione di primo grado basandosi su quattro motivi di ricorso: i) violazione e falsa applicazione degli articoli 17, 18 e 19 del DPR n. 396/2000; ii) violazione dell’art. 33 della l. n. 218/95 in tema di filiazione; iii) erronea interpretazione del concetto di “ordine pubblico” ed omessa applicazione del concetto di “ordine pubblico internazionale”; iv) omessa valutazione dell’interesse superiore del minore ex art. 23 del regolamento n. 2201/2003.

La Corte d'appello affronta dunque la questione — pregiudiziale al riconoscimento — relativa all'accertamento del rapporto di filiazione.

Ricorrendo alla norma di conflitto contenuta all'art. 33 della l. n. 218/95 ("Filiazione") — anche se, per errore, nella versione precedente le modifiche apportate dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154<sup>32</sup> — che impiega il criterio di collegamento della cittadinanza del minore, la Corte d'appello è risalita alla legge sostanziale spagnola per determinare il rapporto di filiazione con le donne<sup>33</sup>. L'art. 7 della LTRA, invece, rubricato "Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida", stabilisce che laddove la donna sia sposata e non separata, legalmente o di fatto, con un'altra donna, questa "podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". La disposizione ora citata si preoccupa di stabilire, pertanto, le modalità di determinazione della filiazione: è alla luce di tale previsione che l'atto di nascita di cui le ricorrenti chiedono la trascrizione potrebbe leggersi come atto ricognitivo della manifestazione di volontà che la *lex causae* — richiamata dalla norma di conflitto del foro — considera decisiva ai fini dello stabilimento del rapporto di filiazione. In altri termini, non essendo prescritto dalla LTRA alcun accertamento, l'autorità amministrativa spagnola non ha inciso sullo stabilimento del situazione giuridica soggettiva, essendosi essa limitata a ricevere la manifestazione di volontà della donna.

Anche se non in maniera espressa, attraverso il ricorso all'art. 33, la Corte pare abbracciare il metodo del riconoscimento conflittuale bilaterale, secondo il quale l'esistenza e la validità dei rapporti e delle situazioni giuridiche costituitesi all'estero devono essere valutate sulla base della legge sostanziale richiamata dalle norme di conflitto del foro<sup>34</sup>. Tuttavia, la Corte rileva che tale disposizione attribuisce "ai provvedimenti accertativi (certificato di nascita) dello Stato estero, ogni determinazione in ordine al rapporto di filiazione con conseguente inibizione al giudice italiano di sovrapporre accertamenti sulla validità di un titolo valido per la legge nazionale di rinvio (cfr. Cass., sentenze del 14 gennaio del 2003, n. 367 e del 1° ottobre 2003, n. 14545)"<sup>35</sup>.

La Corte pare accogliere le motivazioni di una recente sentenza della Cassazione che, con riguardo all'accertamento della filiazione attestata in un certificato di nascita rilasciato in Ghana — e richiamando i due precedenti citati dalla stessa Corte d'appello (le sopra menzionate sentenze n. 367 e n. 14545 del 2003) — chiarisce che "lo stato di figlio dello straniero, a norma dell'art. 33 della legge 31 maggio 1995, n. 218, è determinato dalla sua legge nazionale al momento della nascita, sì che dipende dai provvedimenti accertativi e dalle statuizioni giurisdizionali dello Stato estero di nascita, con divieto al giudice italiano di sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazione estranee o nazionali. ... Se così non fosse del resto" prosegue la Cassazione "tutti i certificati di nascita rilasciati ai cittadini ghanesi ed a quelli di altri stati i cui uffici dello stato civile siano retti da analoghi principi dovrebbero essere considerati privi di ogni valore probatorio venendosi così a creare proprio quella situazione di totale incertezza giuridica che l'art. 33 della legge 218/95 ha inteso evitare riconoscendo valore probatorio alle certificazioni rilasciate in ordine alla filiazione dai diversi stati" (il corsivo è aggiunto)<sup>36</sup>.

Quest'ultimo passaggio lascia intravedere l'errore in cui incorre il giudice dell'appello che, nell'argomentare intorno al riconoscimento in Italia (in senso internazionalprivatistico) del rapporto di filiazione tra il minore e le due donne — in relazione, dunque, all'esistenza ed alla validità di uno status creato all'estero — finisce per giustificare la trascrizione del relativo certificato di nascita sulla base del mero valore probatorio (in senso amministrativo) che esso assume nel nostro ordinamento in quanto provvedimento accertativo. In altre parole, per usare la terminologia coniata dal legislatore dell'Unione e sopra

32 Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 contenente la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in vigore dal 7 febbraio 2014. Per tutti, v. O. Lopes Pegna, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 394 ss. L'art. 33 della l. 218/95 nella versione menzionata dalla Corte e previa alla riforma della filiazione — che ha equiparato lo status di figli naturali e figli legittimi — così disponeva: "lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio...Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei due genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge".

33 L'art. 33 oggi in vigore dispone che "[l]o stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino".

34 V. per tutti P. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 276, 1999, p. 9 ss. In particolare, in tema di filiazione, v. anche dello stesso autore, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 277 ss.

35 La Corte richiama a tal fine Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenze del 14 gennaio 2003, n. 367 e del 1° ottobre 2003, n. 14543 (entrambe le decisioni sono reperibili su *Italggiure on-line*).

36 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 5 agosto 2013, n. 18599 (reperibile su *Italggiure on-line*).

evocata<sup>37</sup>, la Corte d'appello identifica l'operazione di *riconoscimento* dello *status* con quella di *accettazione* dell'atto pubblico grazie al quale lo *status* circola<sup>38</sup>.

La "confusione metodologica" della Corte torinese è sintomatica di una prassi oramai consolidatasi in seno alla giurisprudenza italiana, in parte motivata dalla mancanza, nel nostro ordinamento, di una norma generale che disciplini il riconoscimento anche degli *status* personali e familiari costituiti all'estero attraverso atti non giurisdizionali<sup>39</sup>.

Peraltro, tale dubbio approccio metodologico non è neppure superato dal richiamo che la Corte d'appello fa all'art. 65 della l. n. 218/95, che disciplina il riconoscimento (c.d. internazionalprivatistico) di provvedimenti stranieri emessi da un'autorità giudiziaria relativi alla capacità delle persone, all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità<sup>40</sup>. Esso, d'altro canto, non riguarderebbe solo le sentenze, ma "tutti i provvedimenti adottati da organi giurisdizionali (quali i decreti o le ordinanze) che non rientrino nella volontaria giurisdizione — alla quale si applica l'art. 66 della l. 218/95 — nonché gli atti di natura amministrativa che incidano sulle situazioni giuridiche soggettive nelle materie elencate"<sup>41</sup>. Come si è detto, non è questo il caso del provvedimento spagnolo, meramente ricognitivo della volontà allo stabilimento del rapporto di filiazione<sup>42</sup>.

#### 4. (Segue) ...e considerazioni di ordine pubblico

Risolto l'aspetto relativo alla tecnica di diritto internazionale privato con la quale il nostro ordinamento si apre "verso l'esterno", la Corte si sofferma poi sulla contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione del certificato di nascita (*rectius*: degli effetti del riconoscimento dello *status* ivi contenuto). Poiché lo *status* in menzione si colloca in un contesto peculiare — il minore è figlio di due donne, tra loro legalmente sposate ed entrambe madri ai sensi dell'ordinamento di origine — la Corte individua due principi-base intorno ai quali costruisce il proprio ragionamento.

In via preliminare, richiamando le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e n. 317/2009<sup>43</sup> della Corte costituzionale, la Corte evoca un'interpretazione "convenzionalmente orientata" delle norme e dei principi nazionali, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della relativa giurisprudenza

37 V. *supra* par. 2.

38 V. C. Pamboukis, *Les actes publics et la méthode de reconnaissance*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, a cura di P. Lagarde, 2013, Paris, Pedone, p. 133 ss., nonché E. Pataut, *La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, cit., p. 147 ss.

39 Non esiste, invero, nella l. 218/95 una disposizione analoga a quella contenuta, ad esempio, all'art. 31 della *Loi portant le Code de droit international privé* belga del 16 luglio 2004 ("Mention et transcription des décisions judiciaires et des actes authentiques étrangers en matière d'état et de capacité"), secondo cui "§ 1er. Un acte authentique étranger concernant l'état civil ne peut faire l'objet d'une mention en marge d'un acte de l'état civil ou être transcrit dans un registre de l'état civil ou servir de base à une inscription dans un registre de la population, un registre des étrangers ou un registre d'attente qu'après vérification des conditions visées à l'article 27, § 1er. La mention ou la transcription d'une décision judiciaire étrangère ne peut avoir lieu qu'après vérification des conditions visées aux articles 24 et 25 et, selon les cas, aux articles 39, 57 et 72. Lorsque le dépositaire refuse de procéder à la mention ou à la transcription, un recours peut être introduit devant le [tribunal de la famille] de l'arrondissement dans lequel le registre est tenu, conformément à la procédure visée à l'article 23. § 2. La vérification est réalisée par le dépositaire de l'acte ou du registre. Le Ministre de la Justice peut établir des directives visant à assurer une application uniforme des conditions visées au § 1er. Le dépositaire de l'acte ou du registre peut, en cas de doute sérieux lors de l'appréciation des conditions visées au § 1er, transmettre l'acte ou la décision pour avis au ministère public qui procède si nécessaire à des vérifications complémentaires. § 3. Le Roi peut créer et fixer les modalités de la tenue d'un registre des décisions et des actes qui satisfont aux conditions visées au § 1er, lorsqu'ils concernent un Belge ou un étranger résidant en Belgique".

40 L'art. 65 prevede che tali provvedimenti "hanno effetto in Italia ... quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato... purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa".

41 Per tutti, v. S. Bariatti, *Art. 65*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, a cura di F. Pocar e altri, Padova, CEDAM, 1996, pp. 328-336, p. 333.

42 Sull'irrelevanza dell'art. 65 l. 218/95 ai fini del riconoscimento di *status* costituiti all'estero attraverso atti non giurisdizionali (nella specie con riferimento al certificato di matrimonio tra due uomini rilasciato in Olanda), G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto*, in questa *Rivista*, 2014, 2, p. 195 ss., spec. pp. 204-205.

43 Sentenze del 24 ottobre 2007 e del 14 dicembre 2009. Tutte le decisioni rese dalla Corte costituzionale sono reperibili in <http://www.cortecostituzionale.it/>.



della Corte di Strasburgo. È pertanto anche con riguardo a quest'ultimo contesto convenzionale che bisogna valutare, da una parte, se l'omosessualità dei genitori sia di ostacolo alla formazione di una "famiglia" secondo l'ordinamento italiano e se, dall'altra, lo *status* di figlio nato da due madri all'estero con inseminazione eterologa sia compatibile con l'ordinamento giuridico italiano.

Quanto al primo punto, il principio della necessaria eterosessualità della coppia è oramai superato dalle decisioni rese dalla Corte costituzionale (n. 138/2010)<sup>44</sup> e di legittimità (n. 4184/2012)<sup>45</sup>. Secondo la prima — pur non riconoscendo l'estensione della disciplina sul matrimonio alle coppie dello stesso sesso — queste ultime sono ricomprese nella nozione di "formazione sociale", da intendersi come "ogni forma di comunità semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita del modello pluralistico". La Suprema Corte ha inoltre chiarito che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né inesistente né invalido per contrasto con norme imperative, bensì "improduttivo di effetti giuridici in Italia per l'assenza di una norma specifica e l'inesistenza di una fattispecie matrimoniale". L'erosione del principio granitico che consegna l'istituto del matrimonio alla tradizionale unione tra uomo e donna è avallata dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che riconoscono anche alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio<sup>46</sup> ed alla vita privata e familiare<sup>47</sup> sanciti rispettivamente agli articoli 12 e 8 della CEDU: laddove, tuttavia, non sia possibile una tale estensione della disciplina del matrimonio, le coppie dello stesso sesso devono godere, in ogni caso, della tutela accordata dall'ordinamento alle coppie di fatto<sup>48</sup>. In Italia, la Corte costituzionale ha evidenziato a più riprese che la lacuna normativa relativa alle unioni civili può essere colmata solo dal legislatore, non essendo possibile a tal fine l'intervento della stessa Corte mediante una pronuncia additiva<sup>49</sup>.

44 Tra gli altri, v. M.M. Winkler, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1236 ss., nonché, dello stesso autore, *Le unioni same-sex straniere in Italia dopo la sentenza n. 138/2010: indicazioni per i giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di A. Lorenzetti, B. Pezzini, Napoli, Jovene, 2011, p. 297 ss.

45 Sull'imperativo riconoscimento delle unioni omosessuali in Europa, in favore di una concezione ampia di "famiglia", v. J. Borg-Barthet, *The Principle Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU*, in *Journal of Private International Law*, 2012, p. 359 ss. La sentenza 4184/2012 è riprodotta in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) ed in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 1 ss., con i saggi di M. Meli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, p. 451 ss. e di E. Bergamini, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, p. 461 ss. In commento alla sentenza v. anche M. Winkler, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, p. 7 ss. Sul tema, oltre a G. Biagioni, *La trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto*, cit., v. anche M. Bonini Baraldi, *EU Family Policies Between Domestic 'Good Old Values' and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families*, in *MJ Eur. Comp. Law*, 2008, p. 517 ss.; L. Magi, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 396 ss.

46 Per la prima volta, sul diritto al matrimonio di una coppia omosessuale, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)) — che attinge dalla giurisprudenza in tema di diritto al transessualismo, su cui v. la sentenza dell'11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95 in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). La Corte ha tuttavia stabilito che, riguardando la questione dei matrimoni omosessuali una "sensitive area of social, political and religious controversy", in assenza di *consensus* da parte degli Stati, essi godono di un ampio margine di apprezzamento (punto 46) e, pertanto non vi sia stata violazione dell'art. 12 della CEDU.

47 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria* (ricorso n. 19010/07, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)): tra gli altri, S. Falcetta, *La Corte di Strasburgo e la eteronormatività: una indagine comparativa delle sentenze Schalk and Kopf e X e altri contro Austria*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014. V. anche sentenza del 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia* (ricorsi nn. 29381/09 e 32684/09, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), su cui D. Rudan, *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 232 ss.; L. Conte, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013.

48 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit., punto 89. In argomento v. anche v. S. Drosos, *Same-sex civil unions under way in Greece. Mirable dictu!*, in *SIDIBlog*, 2 dicembre 2013 ([www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=553](http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=553)).

49 In questo senso, v. Corte costituzionale sentenza del 15 aprile 2010, n. 138. La necessità di una disciplina sulle unioni civili (sia pure con riferimento ad una situazione "puramente interna") è stata ribadita anche dalla recente sentenza della Cassazione del 21 aprile 2015, n. 8097, con la quale la Corte ha accolto il ricorso di due coniugi avverso la decisione con la quale, a seguito di rettificazione di sesso del marito, si era ordinata l'annotazione della sentenza di rettifica a margine dell'atto di matrimonio, con la specificazione dell'intervenuta cessazione degli effetti civili del matrimonio (la sentenza è reperibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), ed in *Italggiure on-line*). La Cassazione aveva rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 l. n. 164/1982 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso con riferimento agli articoli 2, 3, 24 e 29 Cost., nella parte in cui disponevano che la rettifica determina l'automatico scioglimento del vincolo matrimoniale, senza necessità di alcuna decisione giudiziale e senza che l'altro coniuge possa dunque opporvisi. Con pronuncia dell'11 giugno 2014, n. 170, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle

Il secondo principio su cui si sofferma la Corte d'appello è quello che collega la maternità all'evento del parto, ossia la salda considerazione per cui è madre colei che partorisce a partire dal proprio ovocita (*mater semper certa est*)<sup>50</sup>.

L'immobilità di questo principio, di cui la giurisprudenza di merito — nonché, di recente, la Corte di Strasburgo<sup>51</sup> — ha gradualmente segnato il declino, è qui ulteriormente scalfita da due ordini di argomentazioni. La prima riguarda il rilievo che anche nell'ordinamento italiano viene acquistando la volontarietà del comportamento necessario per la filiazione. Il secondo elemento — da bilanciarsi con il concetto della volontà dei futuri genitori — è rappresentato dal principio dell'interesse superiore del minore, su cui ci soffermeremo nel paragrafo successivo.

Alla stregua di alcuni precedenti giurisprudenziali<sup>52</sup>, anche secondo la Corte d'appello assume un'importanza dirimente, ai fini dello stabilimento del rapporto di filiazione e del suo conseguente riconoscimento in Italia, la volontà dei genitori sociali o committenti, nonché quello di assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità: pertanto, la maternità e la paternità è da attribuire "a quei genitori che, indipendentemente dal loro apporto genetico, abbiano voluto il figlio accettando di sottoporsi alle regole deontologiche giuridiche che disciplinano la PMA"<sup>53</sup>. La Corte rileva come anche alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 154/2013, il rapporto di filiazione si sia sempre più sganciato dall'appartenenza genetica, tanto che è oggi possibile individuare più figure genitoriali, non necessariamente sovrapponibili: la madre genetica (cui risale l'ovocita fecondato), la madre biologica (colei che conduce la gestazione), la madre sociale (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale), il padre genetico e quello sociale.

D'altronde, la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della l. 40/2004 recante la disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita<sup>54</sup>, nella parte in cui stabilivano il divieto della fecondazione eterologa, ha contribuito senza dubbio ad allargare i confini dell'ordine pubblico italiano in questo settore. Superato il dogma della genitorialità naturale quale unica ammessa dal nostro ordinamento, nonché il postulato per cui la tutela del diritto allo *status* e alla identità personale si identifica con la verità genetica, la decisione della Corte d'appello di Torino concorre in questo modo a rafforzare il principio-guida della responsabilità procreativa, fondato sull'esercizio della facoltà di scelta responsabile dei genitori sociali e finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole, assicurato oggi sia dalla procreazione naturale che da quella medicalmente assistita.

La nozione di ordine pubblico accolta nella decisione in commento, pertanto, è una nozione ampia, "ideale"<sup>55</sup>, da definirsi nel quadro dei principi fondamentali dell'Unione europea e della CEDU, e da

---

due disposizioni, non consentendo queste "ove entrambi [i coniugi] lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima".

50 C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 589 ss.

51 V. *infra* par. 5.

52 In commento a Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009 in riferimento alla trascrizione in Italia di due *parental orders* inglesi v. M. Castellaneta, *Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata*, in *Guida al diritto*, 2009, p. 50 ss.

53 Tra le altre, Tribunale di Napoli, sentenza del 1° luglio 2011, reperibile su *De Jure*, avente ad oggetto un caso relativo alla trascrizione in Italia del certificato di nascita di due gemelli nati con il ricorso alla maternità surrogata in Colorado. Il giudice di Napoli, nell'accertamento del rapporto di filiazione tra padre e minori, ha sottolineato che ciò che emerge progressivamente, a partire dalla riforma del diritto di famiglia, è "il c.d. *favor affectionis* ovvero la preminenza che nella costruzione della paternità/filiazione assume il dato volitivo rispetto a quello biologico".

54 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile 2014, n. 162; le disposizioni dichiarate incostituzionali sono quelle contenute agli artt. 4, 3° comma, 9, 1° e 3° comma e 12, 1° comma, della l. 19 febbraio 2004, n. 40. In argomento v. C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 ss.; S. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte Costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1123 ss.

55 In commento a Tribunale di Trieste, sentenza del 6 giugno 2013 e Tribunale di Milano, sentenza del 15 ottobre 2013, S. Tonolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss., spec. pp. 85-87. V. anche M. Castellaneta, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di turismo procreativo*, in *Famiglia e minori*, 2005, p. 66 ss.

interpretarsi in maniera dinamica, in linea con le necessità e le tensioni del momento storico in cui tale limite viene valutato<sup>56</sup>.

## 5. In particolare, il ruolo rivestito del superiore interesse del minore: il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*

Consegue da quanto sopra, che il concetto di ordine pubblico, secondo la Corte, “*deve essere declinato con riferimento all’interesse superiore del minore*” (il corsivo è aggiunto).

Se da una parte, nel ragionamento intorno alla clausola dell’ordine pubblico, la Corte considera che la realtà sociale sia da preferire a quella biologica o genetica, purché supportata da una scelta responsabile dei genitori intenzionali, dall’altra è necessario che tale realtà sia conforme al superiore interesse del minore, così come previsto nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989<sup>57</sup>.

La Corte richiama ancora il regolamento n. 2201/2003, che all’art. 23 disciplina i motivi di diniego del riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali relativi alla responsabilità genitoriale, prevedendo che una decisione non debba essere riconosciuta nello Stato membro richiesto “se, tenuto conto dell’interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all’ordine pubblico del foro”.

Sebbene il regolamento “Bruxelles II bis” non fosse in sé applicabile nel caso in esame, il richiamo all’art. 23, ad avviso di chi scrive, non è del tutto inesatto. Sia pure con le dovute precisazioni, esso permette infatti di trasporre, anche sul piano del riconoscimento di *status* contenuti in atti non giurisdizionali, le considerazioni relative all’incidenza del principio dell’interesse superiore del minore nella circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale. Nell’applicazione del regolamento n. 2201/2003, è stato osservato come tale principio venga in rilievo in due momenti. In astratto (“a monte”), l’interesse superiore del minore può essere impiegato come criterio interpretativo teleologico<sup>58</sup>; alla luce di una valutazione *in concreto* di tutti gli elementi del caso (“a valle”), è stato inoltre osservato come esso possa concorrere — “dall’interno” — a comporre il contenuto dell’ordine pubblico italiano<sup>59</sup>, ovvero ricoprire la funzione di “contro-limite” alla clausola dell’ordine pubblico del foro, agendo pertanto “dall’esterno”, in funzione del perseguimento di un certo risultato materiale (come il riconoscimento di uno *status* altrimenti proibito dall’ordinamento richiesto)<sup>60</sup>.

Pare a chi scrive che il giudice dell’appello, nel bilanciamento tra esigenze di coerenza interna dell’ordinamento italiano di riconoscere il provvedimento estero (le quali avrebbero verosimilmente condotto a negare il riconoscimento dello *status* di figlio), e l’esigenza di perseguire il superiore interesse del minore, abbia considerato quest’ultimo come preminente e lo abbia così impiegato quale elemento interno alla clausola dell’ordine pubblico, avvalendosi di tal maniera per definire il significato di quest’ultimo. Verificati tutti gli elementi del caso, il giudice ha ritenuto invero che non si tratterebbe di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, bensì “di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell’esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da

56 Per tutti, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia* (ricorso n. 56579/08), su cui P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss. Sul concetto di ordine pubblico dell’Unione europea v. O. Feraci, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 323 ss.

57 Il testo della Convenzione è accessibile in lingua inglese in <https://treaties.un.org/>. L’art. 3, nella versione italiana, recita come segue: “1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente. 2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati. 3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle autorità competenti in particolare nell’ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l’esistenza di un adeguato controllo”.

58 O. Lopes Pegna, *L’interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 357 ss.

59 Tra gli altri, R. Cafari Panico, *Considerazioni sulla nuova adozione internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 886 ss., spec. p. 919 s.

60 F. Mosconi, C. Campiglio, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2005, p. 336 ss., spec. p. 358.



due donne che la legge riconosce entrambe come madri". È l'interesse superiore del minore a guidare le considerazioni della Corte torinese, in ossequio, d'altronde, alle disposizioni previste nel regolamento n. 2201/2003<sup>61</sup>.

Questo ragionamento abbraccia, per certi versi, la tecnica del riconoscimento diretto, attraverso cui è attribuita efficacia *de plano*, nell'ordinamento richiesto, allo *status* formatosi all'estero, a prescindere dalla legge applicabile richiamata dalle norme di conflitto del foro e dall'ordinamento in cui tale situazione si è costituita: il riconoscimento rinverrebbe, dunque, nell'ordine pubblico del foro l'unico potenziale ostacolo<sup>62</sup>. I fondamenti di questa tecnica sono multipli e tra questi si annovera l'esigenza di garantire la permanenza dello *status* delle persone, combinata con quella del rispetto dei diritti fondamentali<sup>63</sup>.

L'interpretazione del principio del superiore interesse del minore quale valore preminente nei casi di riconoscimento di *status* conferiti all'estero mediante atti non giurisdizionali è conforme all'orientamento adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di circolazione degli *status*, anche contenuti in provvedimenti giudiziari, secondo il quale sono considerati in violazione dell'art. 8 della CEDU (che tutela il diritto alla vita privata e familiare) i meccanismi interni di diritto internazionale privato (norme di conflitto del foro ovvero disposizioni che stabiliscono le condizioni per il riconoscimento) che non consentano di garantire la continuità degli *status* attraverso le frontiere. Nel caso *Wagner*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che le autorità lussemburghesi avessero violato l'art. 8, non riconoscendo una sentenza peruviana di adozione a favore di una cittadina lussemburghese non coniugata, attraverso l'applicazione della *lex fori* richiamata dalle norme di conflitto interne<sup>64</sup>. Invero, considerando che "the best interests of the child are paramount in such a case" la Corte ha giudicato che "the Luxembourg courts could not reasonably disregard the legal status validly created abroad and corresponding to a family life within the meaning of Article 8 of the Convention". Tuttavia, "the national authorities refused to recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption" (punto 133).

L'argomentazione secondo cui l'art. 8 della CEDU condiziona il funzionamento dei meccanismi internazionalprivatistici dell'ordinamento richiesto, ai fini del riconoscimento di situazioni giuridiche formatesi all'estero, è stata accolta e sottolineata in successive pronunce. Nelle sentenze rese nei casi *Labassee* e *Mennesson*<sup>65</sup>, entrambi vertenti sulla trascrizione nei registri francesi dello stato civile di certificati di nascita rilasciati negli Stati Uniti a seguito del ricorso a contratti di maternità surrogata, la Corte ha considerato, per la prima volta<sup>66</sup>, contrario all'art. 8 della CEDU il diniego di riconoscimento del legame di filiazione, precisando che tale disposizione trova applicazione soprattutto con riferimento alla

61 Il considerando n. 33 del regolamento stabilisce che "[i]l presente regolamento riconosce i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea. In particolare, mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

62 R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., p. 280 ss. Il metodo del riconoscimento diretto è consacrato all'art. 9 della legge olandese di diritto internazionale privato del 19 maggio 2011 (tradotta in francese da D. van Iterson in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 674 ss.), per cui "Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique".

63 Y. Ergas, *Thinking 'Through' Human Rights: The Need for a Human Rights Perspective With Respect to the Regulation of Cross-border Reproductive Surrogacy*, in *International Surrogacy Agreements*, cit., p. 427 ss., spec. p. 430 s.

64 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (ricorso n. 76240/01). In tema, tra gli altri, v. P. Kinsch, *Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 807 ss.; P. Pirrone, *Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 151 ss., nonché, dello stesso autore, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, Torino, Giappichelli, 2011, p. 3 ss.

65 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Labassee c. Francia* (ricorso n. 65941/11) e *Mennesson c. Francia* (ricorso n. 65942/11), sentenze del 26 giugno 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

66 L'orientamento precedente, invero, aveva attribuito particolare rilievo al margine di apprezzamento nazionale, nel regolare questioni attinenti alla procreazione medicalmente assistita: v. tra le altre le sentenze del 18 aprile 2006, *Dickson c. Regno Unito* (ricorso n. 44362/04); del 3 novembre 2011, *H.S. e altri c. Austria* (ricorso n. 57813/00).



protezione dell'*identità personale* dei minori coinvolti<sup>67</sup>. Mentre il diritto alla vita familiare sarebbe compatibile con il margine di apprezzamento rimesso agli Stati laddove non esista una disciplina uniforme in materia di maternità surrogata, quando si tratti di riconoscere un rapporto di filiazione, tuttavia "an essential aspect of the identity of individuals is at stake" tale per cui "[t]he margin of appreciation ... needs to be reduced" (punto 80).

Il diritto all'*identità personale* del minore riguarda anche la possibilità di ottenere la cittadinanza dello Stato richiesto. Nonostante l'art. 8 non garantisca il diritto ad acquisire una determinata cittadinanza, la Corte rileva che quest'ultima costituisce un elemento fondamentale dell'*identità* di una persona (punto 97), per cui il diniego di riconoscimento dello *status* di figlio, da cui discende anche l'attribuzione della cittadinanza francese, dà origine ad un'incertezza che "is liable to have negative repercussions on the definition of their personal identity" ed integra, pertanto, una violazione dell'art. 8 della CEDU<sup>68</sup>.

Ma è soprattutto la recente decisione resa nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* — di particolare interesse, per la prospettiva italiana qui adottata — che definisce in maniera ancor più dettagliata la funzione ricoperta dal principio del superiore interesse del minore ai fini del riconoscimento dello *status* di figlio, nel contesto di un contratto di maternità surrogata concluso in Russia<sup>69</sup>. Il ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo traeva origine dal rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile avverso la trascrizione del certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe per contrarietà all'ordine pubblico e dal conseguente allontanamento del minore dai genitori committenti. È il primo caso, in materia di maternità surrogata, giunto dinanzi alla Corte in cui i genitori sociali non presentavano alcun legame genetico con il minore.

La Corte ripercorre le motivazioni che hanno indotto le autorità italiane a decidere l'allontanamento, lo stato di abbandono e di adottabilità ed infine l'affidamento del minore ad un'altra famiglia. In particolare, la Corte rileva come i giudici italiani siano stati influenzati nelle loro decisioni esclusivamente dal comportamento dei genitori committenti, ritenuto elusivo della normativa italiana in tema di fecondazione assistita. Nessuna considerazione era stata accordata al fatto che per anni la ricorrente avesse tentato, in Italia, la fecondazione *in vitro* o atteso l'arrivo di un bambino da adottare, né i giudici italiani avevano tenuto conto dell'interesse superiore del minore, nella decisione relativa al suo allontanamento dai genitori committenti. Tale decisione, secondo la Corte, proprio in considerazione del principio del superiore interesse del bambino, deve essere adottata quale *extrema ratio*, solo laddove vi sia un pericolo grave ed imminente per il minore.

La Corte ha ritenuto così che l'attività delle autorità italiane abbia posto in essere una violazione dell'art. 8 della CEDU: invero, il riferimento all'ordine pubblico "*ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure*" incombe sulle autorità "*l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant ... indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*" (punto 80).

La Corte ribadisce l'orientamento per cui nell'ambito delle tutele predisposte dall'art. 8 della CEDU rientrano anche i *legami familiari di fatto* ("*[l]a notion de 'famille' visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens 'familiaux' de facto*", punto 67), sottolineando l'interesse superiore del minore al riconoscimento ed alla continuità della propria *identità personale* attraverso le frontiere (punto 68). Tale valore, in quel caso, era stato fortemente pregiudicato dal mancato riconoscimento dello *status* del minore, dalla nascita sino all'affidamento ad una nuova famiglia, con conseguenze molto gravi anche in termini di cittadinanza e di diritto al nome. Poggia ancora sull'interesse superiore del minore la decisione della Corte di accordare ai ricorrenti un'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 della CEDU: tenuto conto del nuovo legame affettivo che il minore ha sviluppato con la nuova famiglia di accoglienza, l'accertamento della violazione dell'art. 8 non comporta l'obbligo per lo Stato di reinserimento del minore presso gli interessati (punto 88)<sup>70</sup>.

67 S. Tonolo, *identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss., spec. p. 204.

68 V. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 ottobre 2011 *Genovese c. Malta* (ricorso n. 53124/09).

69 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 gennaio 2015 (ricorso n. 25358/12). La decisione è segnalata da O. Lopes Pegna, *Maternità surrogata all'estero e superiore interesse del minore: la Corte europea dei diritti dell'uomo sanziona l'Italia per l'allontanamento del minore dai genitori committenti*, in *Aldricus*, 3 febbraio 2015 (<http://aldricus.com/2015/02/03/maternita-surrogata-allestero-e-superiore-interesse-del-minore-la-corte-europea-dei-diritti-sanziona-litalia-per-lallontanamento-del-minore-dai-genitori-committenti/>). In commento v. A. Viviani, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, in *SIDIBlog*, 3 febbraio 2015 (<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1294>) e, della stessa autrice anche, in generale, *Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e...i passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, p. 196 ss.

70 È probabile che la Corte europea dei diritti dell'uomo rilevi la violazione dell'art. 8 della CEDU anche nel contesto del caso giunto dinanzi alla Corte di cassazione e deciso con sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001 (reperibile in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) ed in *Italggiure online*), con la quale è stato negato il riconoscimento in Italia dello *status* di figlio, dichiarandone

Alla luce della giurisprudenza citata e di una lettura convenzionalmente orientata della normativa italiana, appare ragionevole la decisione della Corte d'appello di Torino in commento che, nel riconoscere lo *status* di figlio di entrambe le ricorrenti al minore nato in Spagna, ne valuta l'interesse superiore alla propria identità, nelle sue dimensioni personale e familiare, che altrimenti subirebbero una ingiustificata compressione. La mancata trascrizione del certificato di nascita — nonché la conseguente impossibilità di acquistare la cittadinanza italiana — comporterebbe invero una limitazione anche in ordine alla sua libera circolazione: non solo il minore verserebbe in una situazione di incertezza giuridica nell'ordinamento italiano, ma "verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia" della madre che non lo ha partorito<sup>71</sup>.

## 6. Osservazioni conclusive

Si assiste oggi, in Europa, ad un acceso dibattito intorno al ricorso alle tecniche di riproduzione assistita, soprattutto in seno a quegli ordinamenti, come l'Italia, che hanno da poco abbattuto il divieto della fecondazione eterologa, ma ancora ne proibiscono espressamente certe declinazioni, come la maternità surrogata.

Mentre si discute circa le prospettive, a livello internazionale ed europeo, di uno strumento di diritto internazionale privato uniforme<sup>72</sup> ai fini della circolazione degli *status* acquisiti all'estero dietro ricorso a tali tecniche, è la disciplina internazionalprivatistica interna a ciascuno Stato che deve farsi carico di modularne l'ingresso nel proprio ordinamento. Tale modulazione, che come abbiamo visto avviene mediante i meccanismi del riconoscimento e del limite dell'ordine pubblico, risente dell'influenza delle evoluzioni normative che conoscono i sistemi giuridici vicini, della relativa giurisprudenza, nonché, in particolar modo, di quella sviluppatasi in seno della Corte europea dei diritti dell'uomo. La CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, si affianca invero ai meccanismi di diritto internazionale privato e ne permea il funzionamento, combinandosi con essi. Così, le disposizioni preposte al riconoscimento di situazioni e rapporti giuridici correttamente creatisi all'estero, nonché i principi che compongono la clausola dell'ordine pubblico del foro devono flettersi, ove necessario, dinanzi ai diritti fondamentali ivi contenuti e, specialmente nel settore della famiglia, all'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare.

La realtà magmatica odierna, caratterizzata da una crescente porosità delle frontiere e degli ordinamenti nazionali, impone pertanto all'ordinamento italiano di rivedere, da una parte, le tecniche sottese al riconoscimento degli *status* e, dall'altra, di ampliare i confini del proprio ordine pubblico, scardinando alcuni principi granitici — come il principio dell'inalienabilità dello stato civile acquisito — che incarnano una concezione tradizionalista ed immobile della società, oramai consegnata al passato.

Gli ordinamenti che regolano le tecniche di fecondazione assistita eterologa — cui sono ammesse, come nel caso spagnolo, anche le coppie dello stesso sesso — tendono a semplificare lo stabilimento del legame di filiazione con il (o la) coniuge della donna gestante senza che sia all'uopo necessario l'intervento del potere giurisdizionale. Questo comporta la circolazione dei relativi *status* attraverso (non decisioni rese dall'autorità giudiziaria bensì) documenti pubblici e, pertanto, l'esigenza di adeguare alla velocità con cui tali *status* circolano attraverso le frontiere i metodi di apertura e chiusura, verso e dall'esterno, del nostro ordinamento.

---

conseguentemente lo stato di abbandono e adottabilità, ad un minore nato in Ucraina con ricorso alla maternità surrogata. La Cassazione ha considerato che l'interesse superiore del minore "si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando ... all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto". Nonostante la fattispecie del "caso ucraino" si discosti in parte da quella del caso *Paradiso e Campanelli* (al momento dell'iscrizione nei registri dello stato civile, la coppia aveva infatti celato dolosamente alle autorità ucraine l'accordo di maternità surrogata totalmente eterologa, come tale non consentita dalla legge locale), è ipotizzabile che la Corte di Strasburgo, come in *Paradiso e Campanelli*, attribuendo rilievo preminente al criterio dell'interesse superiore del minore, consideri che il mancato riconoscimento dello *status* di figlio da parte delle autorità italiane integri la violazione del diritto alla vita privata e familiare del bambino sancito all'art. 8 della CEDU.

71 Anche se non è specificato nella sentenza quale sia la cittadinanza della donna gestante, è da ritenere che questa (ossia la madre biologica) abbia la cittadinanza spagnola, mentre la madre genetica, sia cittadina italiana.

72 V. *supra* nota 24.

Se da una parte sorge spontaneo l'interrogativo circa l'opportunità di una norma generale che disciplini il riconoscimento degli *status* creatisi all'estero e contenuti in atti non giurisdizionali (si potrebbe forse prospettare l'aggiunta di un art. 65 *bis* della l. 218/95), dall'altra è da chiedersi a quale metodo del riconoscimento tale disposizione potrebbe essere informata.

L'avvertita necessità che gli *status* accompagnino la crescente mobilità transnazionale delle persone, nonché la connessa esigenza di continuità di questi nello spazio — garantita in parte, come abbiamo visto, dai diritti fondamentali contenuti nella CEDU — potrebbe condurre il legislatore ad accogliere il metodo del riconoscimento diretto, alla luce del quale si riconoscerebbero in Italia — a monte — tutte le situazioni che siano state validamente costituite all'estero, a prescindere dalla legge applicabile richiamata dalle norme di conflitto del foro e dall'ordinamento in cui tale situazione si è costituita, fatto salvo unicamente — a valle — l'operare del limite dell'ordine pubblico.

Nel valutare il perimetro dell'ordine pubblico italiano in materia familiare, la Corte d'appello di Torino ne intacca ulteriormente i confini. Arretrano così i principi che ne costituiscono il "nocciolo duro", incalzati dall'avanzamento dell'elemento della volontà del comportamento necessario per la filiazione, dall'emersione del concetto di genitorialità disgiunta dal legame genetico e biologico, dalla preminenza della realtà sociale su quella naturale, dal ruolo prioritario di principio interpretativo teleologico nonché di "contro-limite" ricoperto dal superiore interesse del minore. Tra questi, l'elemento che sicuramente riveste maggiore importanza — e che la decisione in commento opportunamente sottolinea — è quello del principio dell'interesse superiore del minore: in uno scenario in cui le frontiere si rendono liquide ed agevolano la mobilità transnazionale delle persone, il rischio di un automatismo incondizionato<sup>73</sup> che potrebbe conseguire (di cui, in parte, il metodo del riconoscimento diretto è portavoce) incontra un freno nella valutazione che deve essere necessariamente svolta circa la realtà, personale e familiare — anche *de facto* — in cui è inserito il minore il cui *status* è oggetto di riconoscimento.

73 Se da una parte l'art. 8 della CEDU garantisce che il regime giuridico "circoli" nello spazio di applicazione territoriale della Convenzione, costringendo l'ordinamento italiano a misurarsi con istituti al momento a lui sconosciuti, nel contempo l'assetto "assiologico" del sistema giuridico del foro rifiuta di allinearsi *de plano* al valore espresso dal diritto estraneo attraverso quell'istituto. È l'ordine pubblico che, nella sua accezione positiva "pilota ... la tecnica di adattamento delle categorie normative della *lex fori* per preservare — nei limiti consentiti dai valori della *lex fori* — una pur parziale continuità regolatoria del rapporto in ragione della sua stretta afferenza alla sfera — internazionalmente ed ora anche costituzionalmente — garantita dell'identità privata e familiare". Così F. Salerno, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 773 ss., p. 799 s.

---

*Osservatorio  
documenti*



## **Disegno di Legge n. 1052, *Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*, approvato dalla Camera dei deputati il 19 settembre 2013**

### **Art. 1.**

**(Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122)**

1. All'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:
  - a) al comma 1, lettere a) e b), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «o fondati sull'omofobia o sulla transfobia»;
  - b) al comma 3, primo periodo, dopo le parole: «o religiosi» sono aggiunte le seguenti: «o fondati sull'omofobia o sulla transfobia»;
  - c) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente:  
«3-bis. Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».
2. Al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, sono apportate le seguenti modificazioni:
  - a) al titolo, dopo le parole: «e religiosa» sono aggiunte le seguenti: «ovvero fondata sull'omofobia o sulla transfobia»;
  - b) alla rubrica dell'articolo 1, dopo le parole: «o religiosi» sono aggiunte le seguenti: «ovvero fondati sull'omofobia o sulla transfobia»;
  - c) all'articolo 3, comma 1, le parole: «o religioso» sono sostituite dalle seguenti: «, religioso o fondati sull'omofobia o transfobia».

### **Art. 2.**

**(Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza)**

1. Ai fini della verifica dell'applicazione della presente legge e della progettazione e della realizzazione di politiche di contrasto della discriminazione e della violenza di matrice xenofoba, antisemita, omofobica e transfobica e del monitoraggio delle politiche di prevenzione, l'Istituto nazionale di statistica, nell'ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali, assicura lo svolgimento di una rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza che ne misuri le caratteristiche fondamentali e individui i soggetti più esposti al rischio con cadenza almeno quadriennale.

## **Irlanda, *Thirty-Fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill 2015*, 11 marzo 2015**

WHEREAS by virtue of Article 46 of the Constitution any provision of the Constitution may be amended in the manner provided by that Article:

AND WHEREAS it is proposed to amend Article 41 of the Constitution:

Be it therefore enacted by the Oireachtas as follows:

*Amendment of Article 41 of the Constitution 1.*

Article 41 of the Constitution is hereby amended as follows:

- (a) the section, the text of which is set out in *Part 1 of the Schedule*, shall be inserted after section 3 of the Irish text;
- (b) the section, the text of which is set out in *Part 2 of the Schedule*, shall be inserted after section 3 of the English text.

### *Schedule*

#### Part 1

4. Féadfaidh beirt, gan beann ar a ngnéas, conradh pósta a dhéanamh de réir dlí.

#### Part 2

4. Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex

---

# *Osservatorio decisioni*

## Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza 21 aprile 2015, n. 8097

STATO CIVILE – FAMIGLIA – MATRIMONIO – RETTIFICAZIONE DI ATTRIBUZIONE DI SESSO DI PERSONA CONIUGATA – SCIOGLIMENTO O CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI DEL MATRIMONIO – DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DI CUI A SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 170/2014 – SENTENZA AUTOAPPLICATIVA E NON MERAMENTE DICHIARATIVA – RIMOZIONE DEGLI EFFETTI DELLA CADUCAZIONE AUTOMATICA DEL VINCOLO MATRIMONIALE SINO A CHE IL LEGISLATORE NON INTERVENGA A RIEMPIRE IL VUOTO NORMATIVO INTRODUCENDO UN ISTITUTO CON STATUTO SOSTANZIALMENTE ANALOGO A QUELLO DERIVANTE DAL VINCOLO MATRIMONIALE

Deve ritenersi autoapplicativa e non meramente dichiarativa la sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale, da annoverarsi nella categoria delle sentenze additive di principio; per conseguenza la medesima impone al giudice di rimuovere gli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, prodotto dall'assenza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso; tale opzione ermeneutica, costituzionalmente obbligata, non determina tuttavia l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile di non creare una condizione di assenza radicale di tutela in cui si verrebbe a trovare il nucleo affettivo e familiare che ha goduto legittimamente dello statuto matrimoniale.

### *Riferimenti normativi*

Artt. 2, 4 della Legge 14 aprile 1982 n. 164; 2, 29, 136 Cost.

### LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE PRIMA SEZIONE CIVILE

composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

|                                |                    |
|--------------------------------|--------------------|
| Dott. Maria Gabriella Luccioli | - Presidente       |
| Dott. Maria Cristina Giancola  | - Consigliere      |
| Dott. Pietro Campanile         | - Consigliere      |
| Dott. Maria Acierno            | - Rel. Consigliere |
| Dott. Loredana Nazzicone       | - Consigliere      |

ha pronunciata la seguente  
SENTENZA

sul ricorso 21376-2011 proposto da (...)  
*omissis*

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(...), unito in matrimonio con (...), aveva proposto domanda di rettificazione ed attribuzione di sesso femminile al Tribunale di Bologna. Disposta la rettificazione con modifica del prenome in (...), nella



sentenza è stato ordinato all'ufficiale di stato civile di provvedere alla modifica dell'atto di nascita in conformità alla sentenza. La rettifica è stata annotata anche a margine dell'atto di matrimonio con la specificazione dell'intervenuta cessazione degli effetti civili del matrimonio.

(...) hanno proposto ricorso al Tribunale di Modena ai sensi dell'art. 95 del d.p.r. n. 396 del 2000 chiedendo la cancellazione di quest'ultima annotazione. Il Tribunale di Modena ha accolto il ricorso. Su reclamo del Ministero dell'Interno la Corte d'Appello ha invece rigettato la domanda.

La Corte di Cassazione, investita del ricorso, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 l. n. 164 del 1982, nella formulazione *ratione temporis* applicabile, con riferimento ai parametri costituzionali contenuti negli artt. 2, 3, 24 e 29 Cost. nella parte in cui dispongono che la sentenza di rettificazione e di attribuzione di sesso provochi l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio (o lo scioglimento del medesimo) senza la necessità di una pronuncia giudiziale, nonché nella parte in cui dispongono la notificazione del ricorso per rettificazione di sesso anche all'altro coniuge senza riconoscere a quest'ultimo il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale in quel giudizio, nè di esercitare siffatto potere in altro giudizio; ed infine con riferimento all'art. 3 Cost per l'ingiustificata disparità di regime sussistente tra tale ipotesi di scioglimento automatico e le altre ipotesi indicate nell'art. 3 sub I lettere a, b, c, e sub 2 lettera d) della legge n. 898 del 1970.

La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 170 del 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per quanto di ragione, degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982, con riferimento all'art. 2 Cost, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima.

Secondo la Corte Costituzionale non può essere così radicalmente sacrificato l'interesse della coppia a conservare la propria unione che costituisce, anche dopo il cambiamento di sesso, una relazione senz'altro qualificabile come formazione sociale protetta dall'art. 2 Cost., senza che l'esercizio della libertà di scelta di uno dei due componenti della coppia medesima possa determinare l'eliminazione della dimensione giuridica del preesistente rapporto, non potendosi passare da uno stato di massima protezione giuridica ad uno stato di massima indeterminatezza. La scelta legislativa è stata invece nel senso di sacrificare integralmente ed in modo non conforme al parametro costituzionale sopra indicato il preesistente rapporto.

Per quanto riguarda gli altri profili di sospetto d'incostituzionalità la Corte ha rilevato:

Il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della fattispecie in esame non è l'art. 29 Cost. perché la nozione costituzionale del matrimonio è quella definita dal codice civile del 1942 che limita il modello matrimoniale alle coppie eterosessuali.

Non è pertinente il riferimento agli artt. 8 e 12 CEDU dal momento che la Corte di Strasburgo afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso;

Non è pertinente il parametro costituzionale costituito dagli artt. 3 e 24 Cost., il secondo perché non è configurabile un diritto al matrimonio della coppia non più eterosessuale; il primo per la peculiarità della fattispecie di scioglimento del vincolo a causa del mutamento di sesso rispetto alle altre cause di scioglimento.

Alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale è conseguita la restituzione degli atti a questa Corte giudice a quo per la decisione.

Le parti ricorrenti hanno depositato atto di riassunzione e successiva memoria nelle quali hanno dichiarato di avere interesse alla cancellazione dell'annotazione sul registro degli atti di matrimonio. Hanno, inoltre, evidenziato che la scelta del dispositivo di accoglimento deve essere valorizzata nel senso di evitare alcuna soluzione di continuità tra il vincolo attuale e l'unione registrata nella quale dovrà trasformarsi quando sarà in vigore la disciplina normativa conseguente. Per proteggere la loro unione ed evitare che si cada nel massimo d'indeterminatezza che la Corte Costituzionale vuole evitare è necessario applicare il dispositivo di accoglimento, dal quale emerge inequivocamente che gli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 sono illegittimi e che occorre dare attuazione al principio secondo il quale il vincolo esistente deve trasformarsi in unione registrata. La perdurante mancanza della legge impone l'accoglimento del ricorso ai sensi dell'art. 136 Cost. La soluzione opposta determinerebbe un *non liquet* e lascerebbe le parti ricorrenti prive di una concreta soluzione della controversia da esse promossa.

L'Avvocatura generale dello Stato si è rimessa alle determinazioni della Corte.

Il Procuratore generale ha chiesto il rigetto del ricorso sul rilievo che la Corte avrebbe nella specie dichiarato l'illegittimità di una norma non esistente e non il cd. divorzio imposto ex art. 4 l. n. 182 del 1984. La regola costituzionalmente corretta secondo la quale l'unione in questione, in quanto protetta dall'art. 2 Cost., deve essere fonte di diritti e doveri regolati da una legge sulle unioni civili, in mancanza della disciplina legislativa può essere attuata solo mediante l'adeguamento caso per caso rimesso alla Corte Costituzionale o ai giudici ordinari, ma non con la conservazione di un'unione coniugale tra per-

sone dello stesso sesso. La Corte Costituzionale si è limitata ad indicare il principio costituzionalmente corretto cui il giudice deve adeguarsi in mancanza della legge sulle unioni civili ma l'assenza di tale disciplina normativa potrebbe al massimo prefigurare una sorta di responsabilità statuale analoga a quella relativa alla mancata o tardiva attuazione delle Direttive dell'Unione europea.

La sentenza n. 170 del 2014 è stata unanimemente definita dalla dottrina costituzionalistica come una pronuncia additiva di principio.

La convergenza, tuttavia, sembra limitata alla denominazione, essendo ampio e variegato il dibattito relativo all'efficacia di tali sentenze, da ricondursi al più ampio *genus* delle pronunce additive.

Nella specie la pronuncia, di natura inequivocamente additiva, è di accoglimento, come si può desumere espressamente dal dispositivo:

*“la Corte,*

*i) dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164 nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore;*

*2) dichiara, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1 settembre 201 n. 150 nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.”*

La giustificazione del dispositivo si rinviene, in particolare nelle pagine 8 e 9 della sentenza n. 170 del 2014 (paragrafo 5.6). Da un lato, secondo la Corte Costituzionale vi è l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio e dall'altro quello della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tratto così significativo dell'identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto. La pronuncia al riguardo fa espresso riferimento alle soluzioni sostanzialmente omogenee adottate dalla Corte Costituzionale austriaca (VerfG 8 giugno 2006 n. 17849) e tedesca (BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2005, BvL 10/05), evidenziando come la condivisione della scelta della rettificazione di sesso e la determinazione a proseguire nell'unione preesistente hanno costituito profili problematici comuni a diverse legislazioni europee che con soluzioni normative differenziate avevano determinato la definitiva cancellazione del vincolo preesistente a causa della rettificazione ed attribuzione di diverso sesso ad uno dei coniugi.

Un passaggio determinante al riguardo è quello nel quale la Corte afferma espressamente che la normativa sottoposta al sindacato di costituzionalità risolve il contrasto d'interessi in termini di tutela esclusiva di quello statale *“alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio, restando chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia (...) che in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere comunque tutelata come “forma di comunità” “idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione” (sentenza n. 138 del 2010)”. Nel successivo capoverso la Corte, dopo aver escluso la violazione dell'art. 29 Cost. e la possibilità di una pronuncia manipolativa che sostituisca il divorzio automatico ad un divorzio a domanda, “polche ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti dello stesso sesso” in via definitiva e senza alcun limite temporale, ribadisce che il legislatore è tenuto ad introdurre una forma alternativa di unione (con la massima sollecitudine, sottolinea la Corte) che possa superare la attuale “condizione d'illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti”.*

In conclusione, dall'esame del tutto coerente della motivazione e del dispositivo di accoglimento assunto dalla Corte emerge che l'illegittimità costituzionale non ha ad oggetto un principio estraneo agli artt. 2 e 4 della l. n. 182 del 1984 ma una delle conseguenze del cd. divorzio automatico che la Corte mira ad eliminare, ovvero quella che determina il passaggio da una “condizione di massima protezione giuridica ad una condizione di massima indeterminatezza” nella coppia che anche dopo la rettificazione di sesso voglia conservare la propria unione.

Gli artt. 2 e 4 della l. n. 182 del 1984 (e conseguentemente l'art. 31 del d. lgs. n. 150 del 2011), così come indicato nell'ordinanza di rimessione, contengono in primo luogo la regola della caducazione automatica del vincolo matrimoniale per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi.

Tale norma, secondo la Corte Costituzionale, produce effetti incompatibili con il grado di protezione costituzionale riconosciuto alle unioni omoaffettive, nel senso che determina una soluzione di

continuità costituzionalmente non tollerabile tra la condizione preesistente e quella successiva alla rettificazione di sesso. Da una comunione coniugale e familiare caratterizzata da un nucleo intangibile di diritti fondamentali e doveri di assistenza morale e materiale condizionante l'assetto della vita personale e patrimoniale dei suoi componenti si passa ad una situazione priva di qualsiasi ancoraggio ad un sistema giuridico di protezione e garanzie di riferimento.

È questo peculiare profilo degli effetti, in quanto produttivo di un deficit di tutela incompatibile con la conservazione del grado di protezione costituzionale dell'unione, ancorché non più matrimoniale, ad essere ritenuto illegittimo dalla Corte Costituzionale e ad essere espunto dall'ordinamento mediante la pronuncia di accoglimento.

La qualificazione di "additiva di principio" non elide la specificità degli effetti delle pronunce di accoglimento così come indicati nell'art. 136, primo comma, della Costituzione. La regola relativa all'eliminazione degli effetti giuridici di protezione dei componenti dell'unione conseguente alla caducazione automatica del vincolo ha cessato di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale (art. 136 primo comma, Cost.).

Secondo la Corte, un sistema legislativo che consenta soltanto alle coppie eterosessuali di unirsi in matrimonio può legittimamente escludere che si possano mantenere unioni coniugali divenute a causa della rettificazione di sesso di uno dei componenti non più fondate sul predetto paradigma. Ciò che non può essere costituzionalmente tollerato, tuttavia, in virtù della protezione costituzionale (nonché convenzionale ex art. 8 CEDU) di cui godono le unioni tra persone dello stesso sesso, è che per effetto del sopravvenuto non mantenimento del modello matrimoniale tali unioni possano essere private del nucleo di diritti fondamentali e doveri solidali propri delle relazioni affettive sulle quali si fondano le principali scelte di vita e si forma la personalità sul piano soggettivo e relazionale.

Appare pertanto evidente che l'illegittimità costituzionale non ha colpito la norma mancante del riconoscimento di uno statuto costituzionalmente adeguato alle unioni tra persone dello stesso sesso che consenta senza soluzione di continuità il passaggio anche per i ricorrenti da un regime di massima protezione ad uno che conservi il riconoscimento di uno statuto di diritti e doveri conseguenti alla stabilità della scelta affettiva effettuata ed alla creazione di un nucleo familiare in senso stretto. Se l'intento della Corte fosse stato limitato a questo profilo sarebbe stata sufficiente una sentenza monito, conforme alla pronuncia n. 138 del 2010, con un dispositivo di rigetto. Al contrario la Corte ha ritenuto che il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale nel sistema di vuoto normativo attuale fosse produttivo di effetti costituzionalmente incompatibili con la protezione che l'unione conseguente alla rettificazione di sesso di uno dei componenti deve, per obbligo costituzionale, conservare ex art. 2 Cost.

Deve, pertanto, ritenersi che, nei limiti sopra delineati, la pronuncia sia autoapplicativa e non meramente dichiarativa.

Ne consegue che, fermo l'assunto secondo il quale con le pronunce additive di principio la Corte non immette direttamente nell'ordinamento (come per le sentenze manipolative in senso stretto) una concreta regola positiva, non intendendo invadere la competenza legislativa del Parlamento, non è seriamente contestabile che il principio della necessità immediata e senza soluzione di continuità di uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul piano dei diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate che si vengano a trovare nella peculiare condizione delle ricorrenti abbia natura imperativa e debba essere applicato con l'efficacia stabilita dall'art. 136 Cost.

In attesa dell'intervento del legislatore, cui la Corte ha tracciato la via da percorrere, il giudice *a quo* è tenuto ad individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento.

La Corte con la sentenza additiva di principio ha indicato al giudice il nucleo di diritti da proteggere. Il principio, come è stato sostenuto in dottrina, è costituzionalmente inderogabile ed impone un adeguamento necessario.

Nella specie tale adeguamento, alla luce del chiaro dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale, non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso.

Tale opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non determina l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile di non creare quella condizione di massima indeterminatezza stigmatizzata dalla Corte Costituzionale in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela.

Al riguardo deve rilevarsi che la mera possibilità di richiedere giudizialmente l'adeguamento, come indicato dalle sentenze n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale e 4184 del 2012 della Corte di Cassazione, nella titolarità e nell'esercizio dei diritti fondamentali che costituiscono il nucleo del riconoscimento costituzionale ex art. 2 Cost. alle unioni omoaffettive è del tutto inidoneo a colmare il deficit di tutela individuato dalla Corte Costituzionale, perché la fattispecie cui aver riguardo non è una relazione di fatto, ancorché costituzionalmente protetta, ma un'unione matrimoniale, caratterizzata dal massimo grado di protezione giuridica dei suoi componenti.

Risulta, in conclusione, necessario, al fine di dare attuazione alla declaratoria d'illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170 del 2014, accogliere il ricorso e conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi.

La conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è, pertanto, sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata dalla sentenza.

La assoluta novità della controversia e delle questioni giuridiche trattate impone la compensazione integrale delle spese di lite.

PQM

la Corte

accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione. Cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, dichiara illegittima l'annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio apposta a margine dell'atto di matrimonio delle ricorrenti e le successive annotazioni e ne dispone la cancellazione.

Compensa le spese processuali dell'intero giudizio. In caso di diffusione omettere le generalità.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 26 gennaio 2015.

Il Presidente  
*Dr.ssa Gabriella Luccioli*

Il giudice estensore  
*Dr.ssa Maria Acierno*



## Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione I-ter, sentenza del 12 febbraio 2015, n. 3907

MATRIMONIO FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO CELEBRATO ALL'ESTERO – TRASCRIZIONE NEI REGISTRI DELLO STATO CIVILE – POTERE PREFETTIZIO DI ANNULLAMENTO – INSUSSISTENZA – COMPETENZA ESCLUSIVA DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

Pur non essendo trascrivibili gli atti di matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, in quanto inidonei a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano, qualora tali atti siano trascritti dal Sindaco nei registri dello stato civile, l'Amministrazione centrale non detiene il potere di intervenire direttamente sui registri dello stato civile disponendone la modifica mediante decreto prefettizio, spettando esclusivamente all'Autorità giudiziaria l'eventuale annullamento delle dette trascrizioni.

### *Riferimenti normativi*

Artt. 1, 5, 9, 10, 11, 12, 64, comma 1, lett. e), 69, 95, 98, 102, 104, 105, 109 D.P.R. n. 396/2000; art. 54 D. lgs. 267/2000; artt. 7, 8, 21 *nonies* L. n. 241/1990; artt. 27, 65 L. n. 218/1995; artt. 107, 108, 115, 143, 143bis, 453 c.c.

TAR LAZIO  
sezione I-ter

### *Fatto*

Con il ricorso introduttivo del giudizio è stato rappresentato che in data 18 ottobre 2014 il Sindaco del Comune di Roma ha provveduto alla trascrizione nel registro dei matrimoni presso l'ufficio di stato civile del Comune di Roma del matrimonio contratto dalle ricorrenti a Barcellona (Spagna) il 18 settembre 2010.

Con decreto del 31 ottobre 2014, prot. n. xxxxxx/2014, non notificato ma conosciuto per le vie brevi, il Prefetto della Provincia di Roma ha "disposto" che: "sono annullate e seguenti trascrizioni nel registro dello stato civile di Roma Capitale, Parte II, serie C10, anno 2014, atti dal n. 1 al n. 16, dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero ... atto n. 3: xxx nata a Roma il xxxx e yyyy nata a Roma il yyyy – Matrimonio celebrato a Barcellona (Spagna) il zzzzzzzz".

Il Prefetto, inoltre, ha ordinato "All'Ufficiale di stato civile di Roma Capitale, Sindaco o altro funzionario da questi delegato, di provvedere a tutti i conseguenti adempimenti materiali, compresa l'annotazione del presente provvedimento nei registri dello stato civile".

Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione resistente, le ricorrenti le hanno impugnate dinanzi al TAR del Lazio, avanzando le domande indicate in epigrafe e deducendo i seguenti motivi di ricorso.

1. Nullità del decreto prefettizio per difetto assoluto di attribuzione ed incompetenza assoluta, rilevante ai sensi dell'art. 21 *septies* della l. n. 241/90 e dell'art. 31, comma 4, D. lgs. 104/2010; violazione dell'art. 453 c.c., dell'art. 95 D.P.R. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile); violazione del D.P.R. 396/2000 negli artt. 12, comma 6; 11, comma 3; 5, comma 1, lettera a); 12, comma 1; 69, comma 1, lettera i); 100; violazione del D.M. 5 aprile 2002 (Approvazione delle formule per la redazione degli atti dello stato civile).

1.1. Secondo quanto si legge nella motivazione del decreto prefettizio, l'annullamento in via gerarchica della trascrizione andrebbe effettuato ai sensi del combinato disposto degli artt. 9 D.P.R. n. 396/2000, 7, 21-octies e 21-nonies legge n. 241/1990, e 54, comma 11, D. lgs. n. 267/2000 "rilevato che nel caso in questione la mancata osservanza delle direttive impartite dall'autorità di vigilanza configura l'ipotesi di inerzia di cui all'art. 54 comma 11 del d. lgs n. 267/2000 e, pertanto, ricorrono i presupposti per l'adozione del provvedimento del Prefetto ivi previsto".

A parere delle ricorrenti, invece, tale atto è viziato da difetto assoluto di attribuzione in quanto, in primo luogo, la possibilità di applicare l'art. 21-nonies della legge n. 241/90 appare preclusa dalla circolare, che la trascrizione dell'atto di matrimonio non è un provvedimento amministrativo, bensì un atto pubblico formale con effetto dichiarativo e di certificazione, in quanto la trascrizione del matrimonio non ha "natura costitutiva ma meramente certificativa e di pubblicità", poiché gli effetti discendono dalla celebrazione del matrimonio e non dalla sua trascrizione.

Pertanto, la trascrizione nel registro degli atti di matrimonio non è da considerare un provvedimento amministrativo e non è soggetto alla disciplina della L. n. 241/90.

Conseguentemente, il "decreto di annullamento della trascrizione" emesso dal Prefetto, in quanto provvedimento e non atto pubblico formale, non costituisce *contrarius actus* della trascrizione ed è essenzialmente e strutturalmente diverso dall'atto che si vorrebbe annullare.

In secondo luogo, parte ricorrente ha rilevato che l'ordinamento dello stato civile costituisce un sistema chiuso e tassativo, con puntuali strumenti ed istituti non derogabili dall'autorità prefettizia né in relazione al procedimento da seguire, né quanto alla competenza esclusiva a provvedere che è prevista in capo all'autorità giudiziaria, come stabilito dagli artt. 449 e ss. c.c. e dal D.P.R. n. 396/2000 ("Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile").

La presenza di uno specifico ordinamento settoriale e di una speciale e specifica disciplina relativa alla cancellazione delle trascrizioni, rende inapplicabile in via analogica gli istituti generali relativi al procedimento ed al provvedimento amministrativo, per il principio per cui *lex specialis derogat legi generali* (TAR Liguria, 16 dicembre 2010, n. 10874).

La disciplina applicabile alla fattispecie induce a ritenere che, una volta chiusa la trascrizione di un atto nel registro degli atti di matrimonio (ai sensi dell'art. 63 del Regolamento), tale trascrizione possa essere espunta dai medesimi registri esclusivamente in virtù di un provvedimento dell'autorità giudiziaria e non di un provvedimento amministrativo.

Ciò è tanto vero che perfino la sentenza che accerti la falsità del riconoscimento di paternità non può essere annotata sul relativo registro di stato civile in assenza di un decreto che su richiesta del PM ciò ordini (cfr. Cass. 2 ottobre 2009, n. 21094).

In tal senso è la prassi dell'Amministrazione dell'Interno, posto che nel Massimario per l'ufficiale di stato civile del Ministero dell'Interno, si legge, al par. 15.1.1 pag. 166: "Cancellazione di un atto. // Quando si voglia procedere alla "cancellazione di un atto indebitamente registrato" negli archivi dello stato civile, considerato che non può esserne effettuata la materiale cancellazione, la legge prescrive che si faccia ricorso a iniziativa del pubblico ministero (eventualmente su segnalazione dello stesso ufficiale di stato civile) alla procedura di rettificazione di cui agli artt. 95 e 96 del D.P.R. 396/2000 rimettendo la competenza a decidere esclusivamente all'autorità giudiziaria. Il relativo decreto deve essere opportunamente annotato sui registri dello stato civile".

Allo stesso modo la circolare del Ministero dell'Interno prot. 5999 del 04/06/2008 precisa l'estensione del potere di correzione degli errori materiali e chiarisce che "l'ufficiale dello stato civile può provvedere ex art. 98 c. 1 a correggere l'errore rilevato solo nei casi in cui l'adeguamento del contenuto dell'atto alla realtà di fatto si renda possibile a seguito di una mera valutazione oggettiva e un riscontro documentale dell'errore materiale. Diversamente, sarà necessario seguire la procedura del ricorso all'autorità giudiziaria al procedimento giudiziale di fine della rettificazione, ai sensi dell'art. 95 del D.P.R. n. 396/2000. (...) la correzione non può mai modificare il contenuto sostanziale dell'atto".

In conclusione, spetta in via esclusiva all'autorità giudiziaria disporre la cancellazione di un atto che si assuma indebitamente trascritto nel registro degli atti di matrimonio.

2. Violazione e falsa interpretazione degli artt. 9 D.P.R. n. 396/2000, e 54, commi 3 e 11, D.Lgs. n. 267/2000.

Il decreto prefettizio è da considerare illegittimo perché non sussiste in capo al Prefetto una posizione di generale sovraordinazione al Sindaco quale Ufficiale di stato civile, che gli consenta di sostituirsi al titolare della funzione.

L'art. 9 del D.P.R. 396/2000 conferisce al Ministro il potere di indirizzo ed al Prefetto il potere di vigilanza.

Il potere di vigilanza è declinato dal medesimo decreto presidenziale indicando di quali atti si debba dare comunicazione al Prefetto e prevedendo al Titolo XIII, art. 104, le verificazioni che il Prefetto

deve compiere presso gli uffici di stato civile; verificazioni che per l'art. 105 del Regolamento si concludono con la redazione di un verbale e non con la manomissione dei registri di stato civile. Nessun potere di annullamento è invece conferito al Prefetto. L'art. 54, commi 3 ed 11, del TUEL, richiamato dal decreto prefettizio, prevede il potere del Prefetto di sostituirsi al Sindaco in caso di inerzia di quest'ultimo nel sovrintendere agli uffici di stato civile.

Anche ove il Prefetto si sostituisse al Sindaco, non potrebbe avere più poteri di quanti non ne abbia il secondo. E poiché il Sindaco non può annullare le trascrizioni, non potrebbe farlo neanche il Prefetto.

Inoltre, l'art. 54, comma 11, del D. lgs. 267/2000, attribuisce al Prefetto un potere sostitutivo generale "nel caso di inerzia del sindaco" e non nel caso di esercizio della funzione da parte del Sindaco stesso (come avvenuto nel caso di specie).

3. Illegittimità dell'ordine di annotare; violazione dell'art. 453 c.c.; violazione degli artt. 69, 11, comma 3, 12, comma 1, del D.P.R. 396/2000; violazione del D.M. 5 aprile 2002.

L'ordine del Prefetto al Sindaco di annotare nel registro degli atti di matrimonio il decreto del 31 ottobre 2014 è viziato per l'illegittimità derivata dall'invalidità del decreto prefettizio impugnato.

Il Prefetto, infatti, ha compiuto un surrettizio sdoppiamento fra decreto ed annotazione dello stesso, per "creare" un atto da annotare (non previsto dal Regolamento). Ma, all'Ufficiale di stato civile (e, quindi, al Prefetto che volesse sostituirsi a questi), non è attribuito il potere di adottare decreti di trascrizione. L'attività dell'Ufficiale di stato civile, infatti, si esplica e si esaurisce nel compimento dell'iscrizione, o trascrizione, o annotazione, nel registro, unitamente alle connesse attività di documentazione. L'annotazione, però, in quanto atto tipico e tassativo, da qualificarsi come atto pubblico formale, non è suscettibile di essere "ordinata" in maniera creativa o anche solo mediante applicazione analogica.

L'ordine di annotazione impugnato, quindi, è da considerare viziato e non eseguibile.

4. Violazione del procedimento ed, in particolare, degli artt. 7 e 10 L.n. 241/90; violazione del diritto di difesa e dell'art. 24 Cost.

Il decreto prefettizio dà atto che non è intervenuta comunicazione di avvio del procedimento alle parti interessate, "considerato che sussistono ragioni di celerità del procedimento derivanti dall'esigenza di evitare che le trascrizioni effettuate producano ulteriori effetti pregiudizievoli per l'unitarietà dell'ordinamento giuridico e che, in ogni caso, il presente provvedimento riveste natura vincolata e l'eventuale partecipazione degli interessati non potrebbe incidere sul suo contenuto dispositivo".

Tale circolare induce a ritenere viziato il decreto prefettizio anche perché adottato senza sentire la parte privata, nell'assunto che si tratti di atto vincolato, posto che il Prefetto non può disporre dello status giuridico delle persone senza che le stesse siano neppure informate dell'avvio di un siffatto procedimento.

Sotto tale profilo, il procedimento seguito dal Prefetto ha violato il diritto alla difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione

Con memoria da valere anche quale motivi aggiunti, le ricorrenti hanno impugnato — deducendo vizi di illegittimità derivata, in relazione agli atti contestati con il ricorso introduttivo del giudizio — il decreto del Prefetto di Roma del 4 dicembre 2014, con il quale è stato nominato un delegato per l'esecuzione dell'annotazione del decreto di annullamento della trascrizione de quo nonché, il relativo verbale di annotazione nei registri dello stato civile del 5 dicembre 2014 (prodotti in giudizio).

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha sostenuto l'infondatezza del ricorso e ne ha chiesto il rigetto. A sostegno delle proprie ragioni, l'Amministrazione ha prodotto note, memorie e documenti per sostenere la correttezza del proprio operato e l'infondatezza delle censure proposte dalle ricorrenti.

Le odierne ricorrenti, ritenendo di essere state lese dal provvedimento indicato e temendo che il Prefetto di Roma procedesse *ad horas* ad annullare le trascrizioni senza nemmeno attendere i tempi necessari per la proposizione del ricorso in sede giurisdizionale, hanno notificato via fax e via pec (il 31 ottobre 2014) e successivamente depositato (il 3 novembre 2014) una istanza cautelare ai sensi dell'art. 61 c.p.a. chiedendo di inibire al Prefetto ed al Sindaco di procedere all'annotazione sul registro dello stato civile del decreto contestato nelle more del giudizio di impugnazione.

Con decreto presidenziale del 4 novembre 2014, n. 5554/2014, è stata respinta la richiesta di misure cautelari provvisorie *ante causam*, ritenendo carente il requisito del *periculum in mora*.

All'udienza del 27 novembre 2011 la parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare e la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 12 febbraio 2015, all'esito della quale è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

1. Il Collegio, prima di procedere all'esame delle censure proposte dalla parte ricorrente, ritiene opportuno prendere in considerazione il quadro normativo e giurisprudenziale relativo alla celebrazione ed alla trascrizione dei matrimoni celebrati in Italia e all'estero.

L'art. 27, comma 1, della legge n. 218/1995 (recante la riforma del diritto internazionale privato), stabilisce che *"la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio"*. Tale disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 115 del codice civile, secondo cui *"il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo, anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite"*. Da tali disposizioni deriva che — a prescindere della validità formale del matrimonio celebrato applicando una legge straniera —, all'ufficiale di stato civile italiano spetta, ai fini della trascrizione, il potere / dovere di verificare la sussistenza dei requisiti sostanziali necessari (avuto riguardo alla normativa nazionale) per celebrare un matrimonio che possa avere effetti giuridicamente rilevanti.

Sotto questo profilo, ai sensi del codice civile, la diversità di sesso dei nubendi costituisce un requisito sostanziale necessario affinché il matrimonio produca effetti giuridici nell'ordinamento interno, posto che, allo stato, l'istituto del matrimonio si fonda sulla diversità di sesso dei coniugi, come si evince dall'art. 107 c.c., il quale stabilisce che l'ufficiale dello stato civile *"riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio"*. In linea con tale assunto si pongono gli articoli 108, 143 e 143 bis del codice civile, e l'art. 64, comma 1, lett. e) del d.P.R. n. 396/2000.

La normativa nazionale che non consente la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso e la sua trascrizione nei registri dello stato civile, è stata ritenuta costituzionalmente legittima.

Con sentenza n. 138 del 2010 la Corte Costituzionale ha, infatti, affermato che l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato con un'interpretazione creativa né, peraltro, con specifico riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., le unioni omosessuali possono essere ritenute tout court omogenee al matrimonio.

Con sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014, la Consulta è intervenuta sulla normativa che prevede l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio in caso di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, affermando che *"la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela l'art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942 che stabiliva e tuttora stabilisce che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso (sentenza n. 138 del 2010)"*, (punto 5.2. del Considerato in diritto), e segnalando il requisito dell'eterosessualità del matrimonio (punto 5.1. del Considerato in diritto).

La Consulta ha stabilito che tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., in grado di favorire il pieno sviluppo della persona umana nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico, rientra anche l'unione omosessuale ma, ha evidenziato che spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità politica, individuare con atto di rango legislativo le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, scegliendo, in particolare, se equiparare tout court il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, ovvero introdurre forme diverse di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia omosessuale. In tale contesto, la Corte costituzionale ha ritenuto di poter intervenire solo per tutelare specifiche situazioni, come avvenuto con le sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988, in materia di locazioni e di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale per le convivenze *more uxorio*.

In sostanza, allo stato dell'attuale normativa nazionale italiana, il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso risulta privo dei requisiti sostanziali necessari per procedere alla sua trascrizione, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 396/2000, come confermato dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che *"l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano"* (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 4184 del 2012, richiamata da entrambe le parti in causa, la quale ha ad oggetto una vicenda analoga a quella oggetto del presente giudizio, relativa ad una richiesta di trascrizione di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso, rifiutata dall'ufficiale di stato civile del Comune di Latina. Sul punto, cfr. anche Corte di Cassazione, sentenze n. 1808 del 1976, n. 1304 del 1990, n. 1739 del 1999, n. 7877 del 2000).

A tale riguardo, come correttamente rilevato dall'Amministrazione resistente, non assume particolare rilievo, in senso contrario, l'art. 65 della legge n. 218/1995, considerato che l'atto di matrimonio celebrato all'estero, sebbene soggetto a determinate forme solenni che prevedono la ricezione della volontà dei nubendi da parte dei soggetti investiti di un pubblico ufficio, non risulta assimilabile ad un provvedimento proveniente dall'autorità amministrativa o giurisdizionale, costituendo un atto ne-



goziale che non incide sull'individuazione della normativa che disciplina gli effetti del matrimonio nell'ordinamento interno (cfr. la richiamata sentenza della Corte di Cassazione n. 4184 del 2012, che va condivisa a prescindere dall'isolato precedente contrario del Tribunale di Grosseto del 3-9 aprile 2014, annullato in sede di reclamo della Corte d'appello di Firenze con decreto del 19 settembre 2014).

La disciplina nazionale non risulta in aperto contrasto con la normativa europea, se si considera quanto stabilito dagli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd. "Carta di Nizza"). L'articolo 12 della CEDU, infatti, stabilisce che *"uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto"*, e, quindi, fa riferimento alla nozione tradizionale di matrimonio fondato sulla diversità di sesso dei nubendi, rinviando alla legislazione dei singoli Stati per la disciplina delle condizioni che regolano l'esercizio del diritto. L'articolo 9 della Carta di Nizza, invece, prevede che *"il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"*, omettendo il riferimento alla diversità di sesso dei nubendi e lasciando, così, al legislatore nazionale la possibilità di riconoscere le unioni tra persone dello stesso sesso.

In tale contesto normativo europeo, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, con pronuncia del 24 giugno 2010 (Prima Sezione, caso *Schalk e Kopf contro Austria*: in un caso analogo a quello oggetto del presente giudizio), ha affermato che il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di adempiere le formalità richieste per la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso non contrasta con la CEDU, osservando che il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate che possono differire molto da una società all'altra sicché, va rimessa ai legislatori nazionali di ciascuno Stato aderente la decisione di permettere o meno il matrimonio omosessuale e la conseguente decisione in merito alla trascrivibilità o meno dello stesso (cfr. Corte di giustizia UE nella sentenza 31.5.2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, circa la nozione di matrimonio come *"unione di due persone di sesso diverso"*).

Concludendo sul punto, va detto che, allo stato dell'attuale normativa e fatto salvo un intervento legislativo al riguardo, che ponga la legislazione del nostro Paese in linea con quella di altri Stati, europei e non –, le coppie omosessuali non vantano in Italia né un diritto a contrarre matrimonio, né la pretesa alla trascrizione di unioni celebrate all'estero, anche se le unioni tra persone dello stesso sesso non possono essere considerate contrarie all'ordine pubblico (cfr. la richiamata sentenza della Corte di Cassazione n. 4184 del 2012).

2. In tale contesto, la circolare del 7 ottobre 2014 del Ministro dell'Interno non risulta illegittima nella parte in cui si afferma l'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso derivante *"dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano"*, in considerazione del difetto di un requisito sostanziale richiesto dalla normativa vigente in materia di stato e capacità delle persone (la diversità di sesso dei nubendi) che non può essere superato dalla mera circolare dell'esistenza di una celebrazione valida secondo la *lex loci* ma priva dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone. Tuttavia, va esaminata la legittimità dell'ultima parte della medesima circolare, avente ad oggetto il potere di intervento diretto del Prefetto sui registri dello stato civile, sulla base del quale sono stati adottati i decreti prefettizi impugnati.

3. Al riguardo, va rilevato che — come correttamente osservato dall'Amministrazione resistente —, l'attività di tenuta dei registri dello stato civile rientra nell'ambito delle competenze statali, svolte in via delegata, secondo le previsioni dell'art. 1 comma 2 del D.P.R. 396/2000, dal sindaco quale ufficiale del Governo o da chi lo sostituisce a norma di legge, ai sensi dell'art. 54 del TUEL (attinente alle *"attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale"*) il cui comma 3 prevede che il sindaco sovrintende alla tenuta dei registri dello stato civile in qualità di ufficiale di Governo.

A parere della parte resistente, in tale ambito rientra un potere di sovraordinazione dell'amministrazione dello Stato rispetto all'attività svolta dal sindaco, posto che in questa veste il sindaco non rappresenta la comunità locale ma attua la legge nazionale ed è, perciò, tenuto, ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 396/2000, *"... ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno"*.

Da ciò, il Ministero dell'Interno desume una relazione gerarchica intercorrente con il potere esecutivo rispetto ai servizi di competenza statale, posto che il citato articolo 9 del d.P.R. n. 396/2000 prevede anche che *"la vigilanza sugli uffici dello stato civile spetta al Prefetto"*. In sostanza, al Prefetto, quale organo territoriale del Governo (e, quindi, titolare della funzione di stato civile in ambito provinciale) spetterebbe il potere di annullare atti non conformi al quadro normativo vigente, adottati dal sindaco (o da un suo delegato) nell'esercizio di una funzione statale.

Il potere di annullamento d'ufficio in via gerarchica costituirebbe espressione del medesimo interesse pubblico alla regolare ed uniforme tenuta dei registri dello stato civile garantito con il riconoscimento del potere di indirizzo e di vigilanza sugli uffici dello stato civile (citato art. 9) e di intervento sostitutivo in caso di inerzia da parte degli ufficiali di stato civile (citato art. 54, comma 11).

Sul punto, l'Amministrazione resistente ha osservato che anche la giurisprudenza ha affermato che nelle materie di competenza statale nelle quali il Sindaco agisce nella veste di ufficiale del Governo, spetta al Prefetto promuovere ogni misura idonea a garantire l'unità di indirizzo e di coordinamento, promuovendo le misure occorrenti e svolgendo, così, una fondamentale funzione di garante dell'unità dell'ordinamento in materia, anche esercitando "il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal sindaco quale ufficiale di governo, che risultano essere illegittimi o che comunque minano la menzionata unità di indirizzo" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2008, n. 3076).

Per completezza, va rilevato che la parte resistente ha anche negato la violazione dell'art. 95 del D.P.R. n. 396/2000 ("Delle procedure giudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile e delle correzioni"), osservando che detta norma sarebbe applicabile al singolo che intenda ottenere la rettificazione di un atto dello stato civile che lo riguarda e non al Ministro dell'interno (e, per esso, al Prefetto) che, in quanto titolare della funzione di stato civile, si proponga di rimuovere gli effetti di atti illegittimamente posti in essere, in contrasto con una sua precisa direttiva, da parte del sindaco in veste di ufficiale del Governo, in spregio alla propria posizione di subordinazione rispetto ad esso.

Quanto all'annotazione a margine dei registri dello stato civile del decreto prefettizio, è stato precisato che si tratta di una operazione materiale, conseguente al provvedimento di annullamento, resa necessaria dalla particolare natura della trascrizione e dalla necessità di rimuovere gli effetti di un atto illegittimamente posto in essere e non consentito dall'attuale ordinamento dello stato civile: quindi, tale adempimento non sarebbe in contrasto con l'art. 453 c.c., che riguarda le ipotesi di ulteriori annotazioni in calce a quelle correttamente eseguite e non (come nel caso di specie) una mera operazione esecutiva del decreto prefettizio, conseguente all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un atto illegittimamente trascritto, che si fonda sulla sovraordinazione del Prefetto rispetto all'Ufficiale di stato civile.

Riguardo, infine, alla correttezza della procedura seguita per l'annullamento d'ufficio, l'Amministrazione resistente ha affermato di aver correttamente applicato la legge n. 241 del 1990, omettendo (per le ragioni espressamente evidenziate nel provvedimento impugnato: gravi ragioni di urgenza consistenti nell'esigenza di evitare il grave *vulnus* per la certezza del diritto e l'unitarietà dell'ordinamento) di comunicare agli interessati l'avvio del procedimento, ed applicando il principio del *contrarius actus* il quale impone che, in sede di ritiro di un precedente provvedimento, vengano rispettate le medesime formalità previste per l'atto annullato, ponendo in essere tutte le conseguenti attività necessarie, tra le quali rientra l'annotazione del decreto prefettizio di annullamento delle trascrizioni matrimoniali, sicché l'annotazione non viola l'art. 453 del codice civile.

Sempre sotto il profilo della disciplina del potere di annullamento d'ufficio, l'Amministrazione resistente ha affermato l'applicabilità dell'art. 21<sup>nonies</sup> della legge n. 241 del 1990, in quanto — contrariamente a quanto sostenuto dalla parte ricorrente —, la trascrizione nel registro dell'atto di matrimonio integra un provvedimento amministrativo e, quindi, è soggetto alla disciplina della legge n. 241 del 1990.

4. Il Collegio ritiene che le censure di parte ricorrente aventi ad oggetto i poteri dell'Amministrazione centrale in materia di stato civile siano fondate e debbano essere accolte, nei limiti di seguito indicati.

4.1. La disciplina dello stato civile prevede che "Nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria" (art. 453 c.c.). Il DPR n. 396/2000 (recante il Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), prevede che "Gli atti dello stato civile sono redatti secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno" (art. 12, comma 1); "L'ufficiale dello stato civile non può enunciare, negli atti di cui è richiesto, dichiarazioni e indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto" (art. 11, comma 3); "Le annotazioni disposte per legge od ordinate dall'autorità giudiziaria si eseguono per l'atto al quale si riferiscono, registrato negli archivi di cui all'articolo 10, direttamente e senza altra formalità dall'ufficiale dello stato civile di ufficio o su istanza di parte" (art. 102, comma 1); "Gli atti dello stato civile sono chiusi con la firma dell'ufficiale dello stato civile competente. Successivamente alla chiusura gli atti non possono subire variazioni" (art. 12, comma 6). Dal tenore dell'insieme di tali disposizioni si evince che il sistema dello stato civile prevede puntuali possibilità di intervento sui registri dello stato civile, tra cui non è compresa quella posta in essere dal Prefetto di Roma.

In sostanza, dalle norme richiamate si evince che un intervento quale quello posto in essere nel caso di specie dall'Amministrazione centrale, compete solo all'Autorità giudiziaria. Conferme in tal senso si traggono anche dalle ulteriori norme di seguito indicate. L'art. 5, comma 1, lettera a), del D.P.R. 396/2000, prevede che "L'ufficiale dello stato civile, nel dare attuazione ai principi generali sul servizio dello stato civile di cui agli articoli da 449 a 453 del codice civile e nel rispetto della legge 31 dicembre 1996, n. 675, espleta i seguenti compiti: a) forma, archivia, conserva e aggiorna tutti gli atti concernenti lo stato civile" mentre, l'art. 98, del D.P.R. n. 396/2000, prevede che "L'ufficiale dello stato civile, d'uf-

ficio o su istanza di chiunque ne abbia interesse, corregge gli errori materiali di scrittura in cui egli sia incorso nella redazione degli atti mediante annotazione dandone contestualmente avviso al prefetto, al procuratore della Repubblica del luogo dove è stato registrato l'atto nonché agli interessati".

In sostanza, l'ufficiale di stato civile ha solo il potere di aggiornare i Registri e di correggere gli eventuali errori materiali.

L'art. 95, comma 1, del D.P.R. n. 396/2000, stabilisce che *"Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento"*, mentre l'art. 109, del D.P.R. n. 396/2000, specifica che *"I tribunali della Repubblica sono competenti a disporre le rettificazioni e le correzioni di cui ai precedenti articoli anche per gli atti dello stato civile ricevuti da autorità straniere, trascritti in Italia, ed a provvedere per la cancellazione di quelli indebitamente trascritti"*.

In definitiva, tali disposizioni non prevedono competenze o poteri di annullamento o di autotutela aventi ad oggetto la trascrizione di matrimoni, ma solo la possibilità di disporre l'annotazione di rettificazioni operate dall'Autorità giudiziaria (ex art. 69, comma 1, lett. i, del D.P.R. n. 396/2000), come si evince dal D.M. 5 aprile 2002, il quale nel prescrivere le formule tassative di annotazione (cfr. artt. 11, comma 3, e 102, comma 1, del D.P.R. n. 396/2000), all'Allegato A) formula n. 190, stabilisce quanto segue: *"Annotazione di provvedimento di rettificazione (artt. 49, 69 e 81 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396). Con provvedimento del Tribunale di ... n. ... in data ... l'atto di cui sopra è stato così rettificato (inserire specificamente le rettificazioni così come sono state disposte) ..."*. Non si rinvencono altre previsioni contenute nel citato articolo 69 che dispongano l'annotazione di qualche diverso provvedimento del genere, ovvero formule di cui al DM 5 aprile 2002 che si riferiscano ad atti del genere adottati dall'Autorità amministrativa.

Quindi, una trascrizione nel Registro degli atti di matrimonio può essere espunta e/o rettificata solo in forza di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria e non anche adottando un provvedimento amministrativo da parte dell'Amministrazione centrale, neanche esercitando il potere di sovraordinazione che, effettivamente, il Ministro dell'Interno vanta sul Sindaco in tema di stato civile.

L'art. 9 del D.P.R. n. 396/2000, infatti, conferisce al Ministro dell'Interno il potere di "indirizzo" ed al Prefetto il potere di "vigilanza" sugli Uffici. Tale potere trova specificazione nel medesimo decreto presidenziale ove si indicano quali sono gli atti dei quali si deve dare comunicazione al Prefetto prevedendo, all'articolo 104, le verificazioni che egli deve compiere presso gli uffici di stato civile che (ex articolo 105) si concludono con la redazione di un verbale e non con la modifica delle risultanze dei registri di stato civile o con l'adozione di provvedimenti destinati a tal fine.

In sostanza, anche sotto questo profilo, la normativa di riferimento non prevede un potere di annullamento o di intervento diretto dell'Amministrazione centrale sugli atti dello stato civile. Ad una diversa conclusione il Collegio, a fronte della normativa sopra descritta, ritiene che non si possa giungere neanche seguendo il precedente giurisprudenziale segnalato dalla difesa erariale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2008, n. 3076), peraltro attinente ad una fattispecie e ad un caso non omogenei all'oggetto del presente giudizio.

La decisione invocata dall'Amministrazione ha esaminato i rapporti esistenti tra Prefetto e Sindaco in materia di pubblica sicurezza, così come disciplinati dalla legge 1° aprile 1981 n. 121, individuando fra le due autorità la sussistenza di un rapporto di dipendenza funzionale, configurato dalla normativa primaria e, in particolare, dall'art. 15 della legge n. 121 cit., che attribuisce al Prefetto (e al Questore su delega del primo) il potere di assumere temporaneamente la direzione dei servizi di pubblica sicurezza nei Comuni, con la conseguenza che rimane sospesa la competenza dell'autorità locale in materia. Ciò porta a concludere per l'esercizio congiunto delle competenze amministrative in materia di pubblica sicurezza, frutto di un assetto che, come condivisibilmente rileva la sentenza, su di un rapporto di gerarchia, sia pure "funzionale", fra i due organi.

Tale situazione non è dato di riscontrare nella fattispecie in esame, nella quale non vi è alcuna coesistenza della materia. In particolare, la normativa:

- da un lato, esclude qualsivoglia intervento sostitutivo del Prefetto (se non quello, espressamente previsto, per il caso di inerzia del Sindaco);
- dall'altro, attribuisce ad un organo terzo, in via esclusiva, il potere di incidere sui registri dello stato civile, così come risultano gestiti dal Sindaco.

È forse solo il caso di ribadire che la particolarità dell'intervento dell'autorità giudiziaria trova fondamento nel diverso rilievo che l'ordinamento attribuisce alla materia dello stato civile rispetto alla gestione della pubblica sicurezza, che si caratterizza più per l'aspetto tecnicooperativo, che ben giustifica l'esistenza di un rapporto di dipendenza gerarchico funzionale fra Prefetto e Sindaco.

Né un potere del genere può evincersi dall'art. 54, commi 3 ed 11, del TUEL (richiamato nel decreto prefettizio), posto che tali disposizioni prevedono il potere del Prefetto di sostituirsi al Sindaco in caso



di inerzia di quest'ultimo nel sovrintendere agli uffici di stato civile. Al riguardo, va rilevato, da una parte, che il potere sostitutivo può essere esercitato solo "nel caso di inerzia del Sindaco" (e non, come nel caso di specie, nell'ipotesi in cui il Sindaco abbia esercitato le funzioni) e, dall'altro, che il Prefetto — sostituendosi al Sindaco (come detto, solo in caso di inerzia) non potrebbe esercitare poteri maggiori di quelli vantati da questo ultimo il quale non può annullare le trascrizioni sicché, atti del genere non può assumerli neanche il Prefetto. Tale facoltà risulta inibita dovendo il Sindaco (e, quindi, anche l'Amministrazione centrale) ricorrere al giudice in casi del genere, fatta salva l'ipotesi della rettifica di meri errori materiali (ex art. 98, del D.P.R. n. n. 396/2009). Solo questo (e non altri) costituisce oggetto di un potere di intervento successivo permesso all'Ufficiale dello stato civile.

Questo conferma che spetta solo all'Autorità giudiziaria disporre la cancellazione di un atto indebitamente registrato nel Registro degli atti di matrimonio, posto che: le registrazioni dello stato civile non possono subire variazioni se non nei limitati casi descritti e normativamente previsti in modo espresso; l'ufficiale di stato civile ha solo il potere di aggiornare i registri e di correggere gli errori materiali; ogni rettificazione o cancellazione è attribuita alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria; fra le annotazioni possibili nel registro dei matrimoni non è previsto alcun atto di annullamento o di autotutela ma, solo l'annotazione della rettificazione giudiziaria.

Come detto, una volta eseguita la trascrizione di un atto nel registro degli atti di matrimonio (ai sensi dell'art. 63 del Regolamento), la stessa possa subire modificazioni o cancellazioni solo forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria e non anche a causa dell'adozione di un provvedimento amministrativo.

Del resto, se fosse configurabile un potere di sovraordinazione del Prefetto rispetto al Sindaco (quale quello descritto dall'Amministrazione resistente), esercitabile attraverso un potere di annullamento da parte dell'autorità amministrativa centrale (omettendo di applicare il citato articolo 95 del D.P.R. n. 396/2000), tale potere non sarebbe configurabile solo in capo al Ministero dell'Interno ma anche in capo all'Ufficiale di stato civile. Il Sindaco non vanterebbe solo il potere di aggiornamento (ex art. 5 del Regolamento) e correzione di errori materiali (ex art. 98 del Regolamento) ma, un vero e proprio potere di revisione degli atti di stato civile. Tuttavia, l'esistenza di tale potere e la possibilità di adottare i relativi provvedimenti conseguenti dovrebbe trovare espressione e previsione nella disciplina dello stato civile ed, invece, non si fa menzione di tutto ciò né all'art. 69 del D.P.R. 396/2000, che disciplina le annotazioni, né nel D.M. 5 aprile 2002, che (come detto) contiene le formule tassative delle annotazioni stesse.

Inoltre, se tale potere esistesse non ci sarebbe bisogno di prevedere espressamente ed in maniera puntuale, all'art. 98, il potere per l'Ufficiale di stato civile di procedere alle correzioni di errore materiale.

Infine, se (come sostiene l'Amministrazione resistente) il Titolo XI del D.P.R. n. 396/2000 non fosse destinato a disciplinare anche le iniziative dell'autorità amministrativa, ma solo quelle dei terzi, non si spiegherebbe perché nel medesimo titolo sono disciplinate le ipotesi di "rettificazione" e "cancellazione" all'art. 95 e le ipotesi di "correzione di errore materiale" all'art. 98, rimettendosi le prime alla decisione dell'autorità giudiziaria e solo le seconde all'autorità amministrativa.

Tali conclusioni non mutano neanche prendendo in considerazione ed applicando la disciplina generale sul procedimento amministrativo contenuta nella legge n. 241 del 1990, la quale, all'articolo 21-nonies stabilisce che *"Il provvedimento amministrativo illegittimo ... può essere annullato d'ufficio, ..., dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge."*

In sostanza, in base al principio della riserva di legge dettato in materia (cfr. art. 97. co. 3, Cost.), affinché ad un organo amministrativo possa annullare d'ufficio un provvedimento adottato da un altro organo, occorre una espressa previsione di legge. Nel caso di specie, come detto, manca una norma di rango primario che, espressamente, conferisca all'Amministrazione centrale il potere di adottare, in casi del genere, un atto di annullamento d'ufficio. Quindi, i provvedimenti impugnati, sotto questo profilo, risultano illegittimi e vanno annullati.

4.2. Quanto sopra induce a disattendere le censure aventi ad oggetto l'asserita violazione delle norme procedurali di cui agli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990.

Per completezza, però, va rilevato che è condivisibile l'orientamento secondo il quale la trascrizione nel registro dell'atto di matrimonio deve intendersi quale atto avente natura amministrativa, e non (come sostenuto dalla parte ricorrente) un mero "un atto pubblico formale" con effetto dichiarativo e di certificazione, sottratto alla disciplina pubblicistica.

Come correttamente osservato dall'Amministrazione resistente, infatti, costituiscono atti amministrativi gli atti giuridici di diritto pubblico compiuti dai soggetti attivi della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa. Tra tali atti, che possono concretizzarsi in atti di accertamento consistenti nella constatazione obiettiva di fatti o situazioni, rientrano i certificati che integrano dichiarazioni di conoscenza di qualità personali di un soggetto o della titolarità di status, capacità o diritti o dell'esistenza di rapporti giuridici.



I certificati sono rilasciati in base a constatazioni dirette della pubblica amministrazione o alle risultanze di atti in suo possesso e, ai fini che interessano in questa sede, il fatto che gli atti in questione abbiano natura certificativa non induce a negare che la trascrizione del matrimonio debba essere considerata un provvedimento amministrativo e non “un atto pubblico formale” con effetto meramente dichiarativo e di certificazione, perché anche atti del genere vanno considerati atti amministrativi.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto.

6. Sussistono gravi ed eccezionali motivi — legati alla particolarità della vicenda e delle questioni trattate — per compensare le spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso, nei limiti indicati in motivazione, e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati;
- dispone la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all’art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, per procedere all’oscuramento delle generalità degli altri dati identificativi dei soggetti ricorrenti manda alla Segreteria di procedere all’annotazione di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, nei termini indicati.

Presidente  
*Amodio*

Estensore  
*Proietti*

## Corte di appello di Torino, sezione famiglia, decreto del 29 ottobre 2014

ATTO DI NASCITA FORMATO ALL'ESTERO – MINORE NATO DA COPPIA DELLO STESSO SESSO MEDIANTE FECONDAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ETEROLOGA (CON L'IMPIANTO DI GAMETI DA UNA DONNA ALL'ALTRA) – TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA IN ITALIA – AMMISSIBILITÀ – INTERESSE PREMINENTE DEL MINORE

Ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, deve aversi prioritario riguardo all'interesse preminente del minore (art.3 L. 27.5.1991 n. 176 di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo, di New York 20.11.1989) ribadito in ambito comunitario, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra genitori e figli, dall'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003 il quale stabilisce espressamente che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico debba essere effettuata tenendo conto dell'interesse preminente del figlio; nel caso di minore nato all'estero, da coppia omosessuale, in seguito alla fecondazione medicalmente assistita eterologa con l'impianto di gameti da una donna all'altra, l'atto di nascita del fanciullo può essere trascritto in Italia poiché, nel caso in questione, non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri.

### Riferimenti normativi

Artt. 18 e 96 DPR n. 396/2000; art. 33 L. 218/95; art. 3 L. 27.5.1991, n 176, *Ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo*, New York, 20 novembre 1989; 8 Cedu

### CORTE D'APPELLO DI TORINO Sezione Famiglia

La Corte, riunita in camera di consiglio nelle persone dei Signori Magistrati

|                        |                  |
|------------------------|------------------|
| Dott. Renata Silva     | Presidente       |
| Dott. Federica Lanza   | Consigliere      |
| Dott. Daniela Giannone | Consigliere rel. |

Letto il ricorso presentato da... e ... entrambe res. in Barcellona, rappresentate e difese, congiuntamente e distintamente dagli avv.ti ... e ... del Foro di Milano e dall'avv.to ... del Foro di Torino, elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Torino via ... come da procure alle liti, in calce all'atto introduttivo,

reclamanti avverso il decreto emesso dal Tribunale di Torino in data 21.10.2013 con il quale è stato respinto il ricorso

Vista la memoria costitutiva depositata dall'Avvocatura dello Stato in rappresentanza del Ministero dell'Interno elettivamente domiciliata come da procura in atti.

Visto il parere del P.G., contrario all'accoglimento del reclamo.

Pronuncia il seguente

### DECRETO

L'Ufficiale dello Stato civile di Torino con nota .../2012 del ... 2012 a seguito di trasmissione del Consolato Generale d'Italia di Barcellona, respingeva la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita del minore... n. a Barcellona il ... 2011, in quanto atto contrario all'ordine pubblico italiano.

Dal certificato di nascita — *Certification Literal* — (n...) del Comune di Barcellona risulta che le sigg. re..., cittadina spagnola, e..., cittadina italiana, sono considerate, per diritto spagnolo, madri del minore... ("figlio matrimoniale delle comparenti"). La sig.ra... ha donato gli ovuli per il concepimento di... (come da certificato dell'Istituto di Riproduzione...), mentre la sig.ra... ha portato avanti la gravidanza e il parto; il minore è cittadino spagnolo.

Le ricorrenti, come risulta dall'estratto del Foglio di Famiglia — *Libro de Familia* — dello Stato Civile di Barcellona, hanno contratto matrimonio in Spagna in data... 2009.

Con ricorso depositato in data... 2013 le sigg.re... e ... proponevano reclamo ex art. 96 DRR n. 396/2000, avverso il diniego espresso dall'Ufficiale di Stato Civile chiedendo: l'accertamento del rapporto di filiazione tra il minore... e la sig.ra... ex art. 33 L. 218/95; la dichiarazione della sussistenza dei requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato Italiano dell'atto di nascita del minore e del conseguente diritto, di quest'ultimo, alla trascrizione nei Pubblici Registri dell'Anagrafe di Torino.

Con decreto in data 21.10.2013 il Tribunale di Torino ha respinto il ricorso rilevando, che il procedimento avviato ex art. 96 DPR 396/2000, strumentale al compimento di un'attività di tipo amministrativo, non sia previsto per ottenere una pronuncia di accertamento del rapporto di filiazione tra le ricorrenti e il minore né per il riconoscimento della cittadinanza italiana di quest'ultimo dovendosi, a questo fine, promuovere un ordinario giudizio di cognizione.

Sulla domanda di accertamento dei requisiti di legge per il riconoscimento dello Stato Italiano dell'atto di nascita del minore.., il Tribunale respingeva la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero rilevando la contrarietà all'ordine pubblico (art. 18 DPR 396/2000).

In particolare il Giudice di prime cure ha rilevato: che osti alla trascrizione il principio immanente nel nostro ordinamento secondo il quale la madre sia solo colei che partorisce il bambino; che la cittadinanza del minore, accertato incidentalmente solo ai fini del presente giudizio, sia quella spagnola poiché nato da madre spagnola non rilevando nel nostro ordinamento, la "determinazione legale della filiazione materna matrimoniale" del coniuge di sesso femminile, (di cittadinanza italiana) della madre biologica; che la disciplina di cui al d.p.r. 396/2000 riguardi atti formati all'estero relativi al cittadino italiano ovvero a cittadini stranieri residenti in Italia; che l'unico modo per attribuire la cittadinanza italiana al minore, sia rappresentata dal criterio dello "ius sanguinis" previo riconoscimento del rapporto di filiazione tra la ricorrente, cittadina italiana, e il minore; che ai sensi dell'articolo 18 d.p.r. 396/2000 la fattispecie rientri nei casi di non trascrivibilità dei certificati redatti all'estero per contrarietà all'ordine pubblico inteso come insieme di principi desumibili dalla Carta costituzionale o comunque fondanti l'intero assetto ordinamentale di cui fanno parte le norme in materia di filiazione (artt. 231 e seg. cc) che si riferiscono, espressamente ai concetti di padre e madre, di marito e di moglie; che in assenza di una normativa nazionale che disciplini istituti analoghi a quello del matrimonio tra persone dello stesso sesso e consenta la nascita di rapporti di filiazione tra persone omosessuali, la trascrizione dell'atto di nascita non rappresenta un diritto astrattamente ed autonomamente tutelabile, attesa la natura di provvedimento amministrativo non idoneo ad attribuire al minore quei diritti che le parti vorrebbero riconosciuti in capo allo stesso.

Avverso il decreto hanno proposto reclamo le ricorrenti rilevando come il provvedimento si manifesti illegittimo: I. per violazione di legge ed erronea applicazione degli artt. 17, 18, 19 del DPR 396/2000; II. per violazione dell'art. 33 L. 218/1995 in materia di filiazione; III. per erronea interpretazione del concetto di ordine pubblico ed omessa applicazione del concetto di ordine pubblico internazionale; IV. per omessa valutazione della rilevanza nel diritto interno, del matrimonio omosessuale contratto in un paese membro dell'UE; V. per omessa valutazione dell'interesse del minore ex art. 23 Reg. CE n 2201/2003.

Le reclamanti chiedono, previa revoca del decreto impugnato, di accertare e dichiarare il rapporto di filiazione tra il minore e la sig.ra... ex art.33 L. 218/95; di rilevare che sussistono i requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato Italiano dell'atto di nascita del minore e del conseguente diritto di quest'ultimo ad acquisire la nazionalità italiana; di ordinare all'Ufficiale dello Stato Civile di Torino di provvedere alla trascrizione e/o annotazione nei Pubblici Registri dell'Anagrafe dell'atto di nascita del minore con ogni consequenziale provvedimento di legge ritenuto opportuno per la tutela di...

Sul primo e il secondo motivo del reclamo, la questione, per l'oggetto che la connota (rifiuto di trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile), deve essere affrontata sotto il profilo della legittimazione e della norma applicabile.

La procedura disciplinata dal d.p.r. 396/ 2000, caratterizzata da un'attività di tipo amministrativo, non è finalizzata all'accertamento di diritti, ma predisposta a regolare l'attività di certificazione e garantirne un controllo giurisdizionale; invero, nella specie, la determinazione del rapporto di filiazione tra la ricorrente ... e .. e il minore .. e l'individuazione della cittadinanza italiana, è regolato dal diritto internazionale privato italiano — L. 218/95 — che ha la finalità di stabilire la norma applicabile in presenza di

elementi di estraneità. La legge 218/95 ha utilizzato, con ampiezza, il criterio del “rinvio” ad altre leggi nazionali che assumono, per tale via, efficacia direttamente vincolante per il Giudice nazionale con il solo limite del non contrarietà all’ordine pubblico (art.16 L. cit.)

L’art. 33 L. 218/1995 dispone: *“lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti gli effetti dell’accertamento e della contestazione dello stato di figlio... Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei due genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge”*.

L’art. 13 conferma il favore nei confronti della filiazione disponendo che, quando è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero, alla legge di un altro Stato (in presenza di alcune condizioni), ed in ogni caso, nei casi di cui agli articoli 33, 34 e 35, si tiene conto del rinvio soltanto se esso conduce all’applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione.

Dall’art. 33 cit. discende, con evidenza, che la norma di diritto internazionale privato attribuisce ai provvedimenti accertativi (certificato di nascita) dello Stato estero, ogni determinazione in ordine al rapporto di filiazione con conseguente inibizione al giudice italiano di sovrapporre accertamenti sulla validità di un titolo valido per la legge nazionale di rinvio (cfr. Cass. 367/2003 Cass I n. 14545/2003).

L’assunto è confermato dal disposto di cui all’articolo 65 della legge 218/1995 secondo il quale hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all’esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell’ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrarie all’ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

La regolamentazione internazional-privatistica manifesta, pertanto, un *favor* assoluto per il rapporto di filiazione sulla base del criterio della cittadinanza.

Il minore è nato in Spagna e secondo il diritto spagnolo la signora... è madre legittima quanto la signora.... Nell’atto di nascita risulta che il minore sia nato da due donne, in seguito alla fecondazione medicalmente assistita eterologa con l’impianto di gameti da una donna all’altra. Queste ultime sono indicate nel certificato di nascita — *Certification Literal* — del registro dello stato civile del Comune di Barcellona come “madre A” e “madre B”; invero la signora... è indicata come madre nell’estratto del l’atto di nascita n....

Col riconoscimento della maternità, secondo il diritto spagnolo, in capo alla sig.ra..., cittadina italiana, il minore assume la cittadinanza italiana “*ius sanguinis*” ai sensi dell’articolo 2 punto 1 legge 91/92.

Ne consegue che la richiesta di trascrizione formulata dalla sig.ra..., in qualità di esercente la potestà sul minore..., integra gli estremi di cui all’art. 17 DRP 396/2000.

La citata disposizione prevede: *“l’autorità diplomatica o consolare trasmette, ai fini della trascrizione e dei provvedimenti relativi al cittadino italiano formati all’estero, all’ufficiale dello stato civile del Comune in cui l’interessato ha o dichiara che intende stabilire la propria residenza,.... ovvero se egli è nato e residente all’estero, a quello del Comune di nascita o di residenza della madre o del padre di lui, ovvero dell’avo materno paterno..”*.

Per le considerazioni sopra svolte il primo e il secondo motivo di reclamo devono essere accolti.

Quanto al terzo, quarto e quinto motivo si osserva quanto segue.

Ritenuta la legittimazione alla trascrizione dell’atto di nascita del minore rappresentato dalla sig.ra ..., occorre valutare se ciò integri violazione dell’ordine pubblico.

Il giudice di prime cure ha rilevato che la trascrizione sia contraria all’ordine pubblico inteso come insieme di principi desumibili dalla Carta Costituzionale o comunque fondanti l’intero assetto ordinamentale, fra i quali le norme in materia di filiazione che fanno espresso riferimento ai concetti di padre, madre, marito e moglie.

Per affrontare la questione occorre preliminarmente richiamare i criteri interpretativi per il Giudice nazionale, individuati dalla Corte Costituzionale con riferimento all’art 117 Cost. (in particolare con le sentenze 348 e 349 del 2007 e 317/2009). La Corte ha evidenziato che: l’articolo 117 primo comma Costituzione opera come un “rinvio mobile” alle disposizioni della CEDU nell’interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti dell’uomo, che acquistano così titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Nel rispetto dei principi costituzionali, spetta quindi al giudice ordinario il compito di operare una “interpretazione convenzionalmente orientata” delle norme nazionali, qualora questa via non fosse percorribile, questi dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte per contrasto con l’articolo 117 comma uno della Costituzione. La Corte Costituzionale attribuisce ai giudici nazionali il dovere di “leggere” la norma nazionale muovendo verso un’interpretazione che sia conforme alle disposizioni della CEDU così come interpretate dalla Corte di Strasburgo affermando come “un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della



normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ne esplicita ed arricchisce il contenuto, alzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali (Punto 8 del Considerato in diritto, sentenza 317/2009).

Il Giudice Nazionale sulla base dei trattati sottoscritti dall'Italia deve applicare la Convenzione Europea secondo l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia ed in particolare, con riferimento al concetto di ordine pubblico, secondo la giurisprudenza CEDU sui diritti fondamentali della persona e sulla tutela della vita privata e familiare.

Come evidenziato dalla Suprema Corte (Cass. sez. III, 19405/2013; Cass. 26.4.2013 n. 10070 che richiama Cass. 6.12.2002 n 17349 e Cass. 23.2.2006 n 4040) il concetto di ordine pubblico ai fini internazionale-privatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale" da intendersi come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale.

Nella specie occorre valutare se l'atto di nascita del minore..., nato da inseminazione eterologa, figlio, secondo la legge spagnola sia della madre che lo ha partorito che della partner di sesso femminile coniugata con la prima, non sia contrario all'ordine pubblico e ancora, se l'omosessualità dei genitori sia di ostacolo alla formazione di una "famiglia" secondo la legge italiana.

Sul punto è necessario richiamare la sentenza della Corte Costituzionale n.138/2010 nella quale la Corte, pur non riconoscendo l'estensione della disciplina del matrimonio alle coppie omosessuali come una modifica costituzionalmente obbligata e quindi operabile attraverso una sentenza additiva, ha affermato che *"per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza fra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi e nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"*.

Dunque l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, rientra tra le formazioni sociali di cui parla l'articolo 2 Costituzione, destinataria di riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri secondo una gradazione rimessa alla scelta del legislatore.

La Cassazione (n. 4184/2012) ha ribadito che il matrimonio fra persone dello stesso sesso non è inesistente né invalido, per contrasto con nome imperative, ma improduttivo di effetti giuridici in Italia per l'assenza di una norma specifica e l'inesistenza di una fattispecie matrimoniale; ha peraltro evidenziato che: *"I componenti della coppia omosessuale conviventi in una stabile relazione di fatto, se secondo la legislazione italiana non possono far valere il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia, a prescindere dall'intervento del legislatore in materia, quale titolare del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti applicabili alle singole fattispecie, ovvero, nella parte in cui, non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza"*.

Con sentenza n. 30141 del 24.6.2010 (S & K. c. Austria) la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo confermando il rinvio alla legislazione degli Stati membri, ha stabilito, mutando la propria giurisprudenza sul punto, che il diritto al matrimonio, regolamentato in alcuni Stati dell'Unione Europea, non sia riconosciuto solo a persone di sesso diverso, ma anche alle coppie omosessuali; ha ribadito il principio che le relazioni omosessuali non saranno più comprese soltanto nella nozione di *"vita privata"* bensì nella nozione di *"vita familiare"* contenuta nell'articolo 8 (nello stesso senso la recente Corte EDU, n. 19.2.2013, X e altri c. Austria; 7.11.2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. nn. 29381/09 e 32684/09; 12.12.2013, C-267, Hay) (Ndc: la sentenza Hay è stata pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea).

Quanto alle tecniche seguite dalle ricorrenti per la nascita del minore deve richiamarsi la recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 162 del 9.4.2014) che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 4, comma 3, nella parte in cui stabilisce per la coppia il divieto al ricorso alla fecondazione assistita di tipo eterologo, qualora sia diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assoluta e irreversibile e dell'art. 9 commi 1 e 3, limitatamente al richiamo al divieto di cui all'art 4 comma 3 e 12 comma 1, norme che vietano la fecondazione eterologa. La pronuncia ha ribadito, sotto il profilo sostanziale dei valori e dei principi, l'estensione del confine della *"vita familiare"* che sinora riguardava la coppia eterosessuale, ai figli generati sia naturalmente sia con la procreazione assistita anche eterologa.

Non è contestabile che, sia sotto l'aspetto etico che giuridico, nell'individuazione della maternità, come della paternità, a seguito della procreazione medicalmente assistita eterologa, acquisti ulteriore rilievo il concetto di volontarietà del comportamento necessario per la filiazione e quello di assunzione

di responsabilità in ordine alla genitorialità così da attribuire la maternità e la paternità a quei genitori che, indipendentemente dal loro apporto genetico, abbiano voluto il figlio accettando di sottoporsi alle regole deontologiche giuridiche che disciplinano la PMA.

Con la legge n.154/2013 il legislatore ha individuato come caratterizzante il rapporto di filiazione, il concetto di responsabilità genitoriale; nella normativa più recente, il rapporto di filiazione si è andato sempre più sganciando dall'appartenenza genetica dovendosi individuare, anche a seguito delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali: la madre genetica (cui risale l'ovocita fecondato), la madre biologica (colei che ha condotto la gestazione) la madre sociale, colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale; il padre genetico, il padre sociale figure che possono, di fatto, non coincidere fra di loro.

La riforma della filiazione nel ridisegnare la disciplina delle azioni di disconoscimento di paternità l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, ha previsto un termine di cinque anni per l'esercizio dell'azione, dimostrando una chiara prevalenza dell'interesse del minore alla stabilità del rapporto; il legislatore, nella specie, ha applicato il principio in base al quale la tutela del diritto allo status e alla identità personale può non identificarsi con la verità genetica.

La giurisprudenza internazionale e nazionale ha avuto modo di affrontare la questione in recenti pronunce Tribunale di Napoli I sez.1.7.2011; Tribunale di Roma I sez. civile 8.8.2014; Corte Appello Bari sentenza del 13.2.2009; Tribunale per i minorenni di Roma 29.8.2014; Tribunale per i Minorenni di Bologna ordinanza 6.11.2014.

La Cassazione, con la decisione sul divieto di disconoscimento di paternità da parte del marito della coppia che ha dato il consenso all'inseminazione eterologa della moglie (sentenza n 2315/1999), ha sovvertito il principio secondo il quale la verità biologica fonda il rapporto di filiazione.

Il concetto di ordine pubblico deve essere declinato con riferimento all'interesse del minore.

Ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, deve aversi prioritario riguardo all'interesse superiore del minore (art.3 L. 27.5.1991 n. 176 di ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo, di New York 20.11.1989) ribadito in ambito comunitario con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra genitori e figli, dall'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003 il quale stabilisce espressamente che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico debba essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del figlio.

Nel caso in questione non si tratta di introdurre ex novo una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo status e alla tutela del figlio. Nel valutare il *best interest* per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, in primis, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio.

Non competono al giudice nell'ambito della presente procedura effettuare ulteriori valutazioni di merito.

In una fattispecie analoga devono richiamarsi due recenti sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle quali è stata condannata la Francia, per violazione dell'art. 8 della Convenzione, per non avere trascritto il rapporto di filiazione relativo alla relazione tra un padre e i suoi figli biologici nati all'estero facendo ricorso alla sua maternità surrogata (C. Eur. dir. Uomo, 5 sezione, 26.6.2014, *Mennesson c. Francia* ric. N 65192/11 e 5 sezione 26.6.2014, *Labassee c. Francia*, ric. N 65941). I ricorrenti lamentavano la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Convenzione) in particolare il fatto che, in violazione dell'interesse superiore dei minori, fosse preclusa la possibilità di ottenere in Francia, il riconoscimento di un rapporto di filiazione legalmente formatosi in uno Stato estero all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla legge del luogo ove il bambino è nato. La questione prospettata alla Corte non riguarda la compatibilità con la Convenzione del divieto posto da uno Stato membro di ricorrere ad una surrogazione di maternità bensì se sia compatibile la decisione dello Stato di privare i bambini nati da una maternità, surrogata, regolarmente praticata all'estero, nei paesi in cui gli stessi risiedono, dei documenti di stato civile che attestino il loro status di figli della coppia che ha fatto ricorso alla procreazione assistita.

La Corte Edu ha riconosciuto all'unanimità, che non vi sia stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione in relazione al diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare ma ha affermato, che la violazione si realizzi in relazione al diritto dei minori al rispetto della loro vita privata. La Corte ha precisato come il rifiuto da parte delle autorità Francesi di non riconoscere valore legale al rapporto di parentela costituisce indubbiamente una "*ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita familiare*".

L'art. 8 non ha carattere assoluto nel senso che un'ingerenza statale nel godimento dei diritti alla protezione della vita familiare e privata può essere giustificata se prevista dalla legge, se necessaria per il perseguimento di uno o più scopi legittimi e se appare "*necessaria in una società democratica*" per

raggiungere tali scopi. Nei casi in questione la Corte ha ribadito che l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare sia prevista dalla legge (francese) e dunque soddisfi il primo requisito indicato dal paragrafo secondo dell'articolo 8 della convenzione e che tale ingerenza persegua uno scopo legittimo (tale il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere valore legale a un rapporto di filiazione tra genitori che hanno fatto ricorso all'estero alla surrogazione di maternità e i bambini nati all'esito di tale tecnica di concepimento, è giustificato dalla necessità di scoraggiare i propri cittadini dal ricorrere al di fuori del territorio nazionale a un metodo di procreazione medicalmente assistita vietato nel territorio francese al fine di tutelare i minori e la donna che offre il proprio utero per la gestazione) ma che il margine di apprezzamento si restringa laddove vengono in rilievo questioni legate alla genitorialità che riguardano un aspetto particolarmente intimo dell'identità di un individuo. La Corte osserva che pur non essendovi dubbio che la vita familiare dei genitori sia stata influenzata negativamente dal mancato riconoscimento dello status di genitori ai sensi del diritto francese, tuttavia tali difficoltà non costituiscano ostacoli insormontabili e che in ogni caso il mancato riconoscimento del rapporto di parentela da parte delle autorità francesi non ha impedito ai ricorrenti di godere del loro diritto al rispetto della vita familiare. Con riferimento ai minori la conclusione è diversa, atteso che *“il rispetto per la vita include il primario interesse a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio status di figlio o di figlia di una coppia di genitori”*. La Corte ha evidenziato come sulla base del diritto francese i bambini nati all'estero con le modalità sopra indicate, si trovino in una situazione di incertezza giuridica e il mancato riconoscimento da parte dell'ordinamento francese del loro status di figli mette in pericolo la loro identità all'interno della società francese: *“Non consentendo riconoscimento dell'instaurazione di un rapporto giuridico di parentela tra bambini nati da madre surrogata e il loro padre biologico lo Stato francese ha oltrepassato il margine di apprezzamento consentito e nel caso di specie, violato il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata”*.

In altra pronuncia della Corte Europea (19.2.2013, *X e altri c. Austria*) su ricorso del partner di una coppia femminile omosessuale di adottare il figlio naturale dell'altro partner, la Corte ha affermato che *“la relazione esistente tra una coppia omosessuale che convive di fatto in maniera stabile rientra nella nozione di vita familiare così come quella di una coppia eterosessuale che si trova nella stessa situazione: quando minore vive insieme a loro la vita familiare comprende anche quest'ultimo”*.

La mancata trascrizione dell'atto di nascita, limita e comprime il diritto all'identità personale del minore ... e il suo status nello Stato Italiano; sul territorio italiano il minore non avrebbe alcuna relazione parentale né con la signora .. né con i parenti della stessa.

Il minore non avrebbe un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative; oltre all'incertezza giuridica in cui si troverebbe nella società italiana il minore verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della Sig.ra...

Il pregiudizio per il minore risulta ancora più evidente atteso che le ricorrenti si sono divorziate consensualmente con sentenza numero .. / 14 del Tribunale di prima istanza di Barcellona; il minore sulla base di un accordo sottoscritto dalle parti in data 21 ottobre 2013 è affidato ad entrambe le parti con condivisione delle responsabilità genitoriali come conseguenza del carattere congiunto della potestà (sarà necessario il consenso di entrambe per prendere ed eseguire le decisioni più importanti relative ad educazione salute e spostamenti all'estero). In tale situazione la mancata trascrizione del certificato di nascita comporterebbe anche conseguenze rilevanti in ordine alla libera circolazione del minore e la signora..., che in Italia non avrebbe titolo per spostarsi e tenere con sé il minore.

Compito del Giudice, come ribadito dalle pronunce della Corte di giustizia che recano in epigrafe: *“Diritti concreti ed effettivi non teorici illusori”*, è quello di rendere effettivi con la giurisdizione i diritti previsti dalla legge; non può affermarsi, nel caso *de quo*, che costituisca il miglior interesse del minore privarlo di un legame attraverso il quale si esprime il diritto al proprio *status* di figlio.

Le spese di lite devono essere compensate in ragione della novità della questione trattata.

P.Q.M.

LA CORTE D'APPELLO DI TORINO  
Sezione Famiglia

Accoglie il reclamo e per l'effetto ordina all'ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita di...

Compensa fra le parti le spese di lite.

Si comunichi alle parti.

Torino, 29.10.2014

IL PRESIDENTE

*Renata Silva*

IL CONSIGLIERE EST.

*Daniela Giannone*



## Corte di appello di Brescia, sezione lavoro, sentenza del 23 gennaio 2015

ASSUNZIONE – DISCRIMINAZIONE DIRETTA FONDATA SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE – DICHIARAZIONI RESE DA UN DATORE DI LAVORO DI NON VOLER ASSUMERE LAVORATORI OMOSESSUALI – ILLEGITTIMITÀ – DANNI NON PATRIMONIALI SUBITI DA ASSOCIAZIONE RAPPRESENTATIVA DEGLI INTERESSI – SUSSISTENZA – RISARCIBILITÀ

Le dichiarazioni rese da un datore di lavoro (nella specie un avvocato) consistenti nell'affermazione pubblica di non voler assumere collaboratori e/o lavoratori omosessuali, integrano una fattispecie di illegittima discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale; è illegittima, a norma della direttiva e del decreto applicativo anche una condotta che, solo sul piano astratto, impedisce o rende maggiormente difficoltoso l'accesso all'occupazione, senza che sia necessariamente identificabile una specifica vittima della discriminazione; l'applicazione del principio di non discriminazione in ambito civile impone una semplificazione dell'onere della prova, di talché essendo palese il carattere discriminatorio delle dichiarazioni rese dal datore di lavoro incombe su quest'ultimo la prova con qualsiasi mezzo giuridico che la sua politica delle assunzioni si basa su fattori estranei a qualsiasi discriminazione fondata sull'orientamento sessuale; l'accertamento della illegittimità della condotta comporta l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive, che possono comprendere il risarcimento dei danni non patrimoniali subiti da associazioni di categoria rappresentativa.

### *Riferimenti normativi*

D. lgs. 216/2003; Direttiva 2000/78/Ce

La Corte d'Appello di Brescia  
Sezione Lavoro

Composta dai Sigg.:

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| Dott. Antonella NUOVO    | Presidente       |
| Dott. Antonio MATANO     | Consigliere      |
| Dott. Giuseppina FINAZZI | Consigliere rel. |

ha pronunciato la seguente  
SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello con ricorso depositato in Cancelleria il giorno 05/09/2014 iscritta al n. 399/2014 R.G. Sezione Lavoro e posta in discussione all'udienza collegiale del 11/12/2014

da

TAORMINA CARLO, rappresentato e difeso dall'Avv.to Piero GIULIANI di Milano e dall'Avv.to Giorgio TAORMINA di Roma, nonché dall'Avv.to Roberto MERLINI di Brescia, domiciliatario giusta delega agli atti.

RICORRENTE APPELLANTE

c o n t r o

ASSOCIAZIONE AVVOCATURA PER I DIRITTI LGBTI – RETE LENFORD, in persona del Presidente e del legale Rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv.to Caterina CAPUT di Roma, dall'Avv.

to Alberto GUARISO di Milano e dall'Avv.to Ippolita SFORZA di Brescia, quest'ultimo domiciliatario giusta delega a margine della memoria.

RESISTENTE APPELLATA

In punto: appello a ordinanza n. 791/14 del 06/08/2014 del Tribunale di Bergamo.

Conclusioni:

Del ricorrente appellante: Come da ricorso

Del resistente appellato: Come da memoria

Oggetto: Altre ipotesi.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ai sensi del rito speciale (e non del lavoro) di cui al combinato disposto dell'art.28 d.lgs.150/2011 e dell'art.702 bis c.p.c., avanti al Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford, dopo aver convenuto l'avvocato Carlo Taormina, ha agito per ottenere l'accertamento del carattere discriminatorio delle dichiarazioni rese dal professionista nel corso di un'intervista durante il programma radiofonico "La Zanzara", e consistenti nell'aver in più occasioni affermato di non voler assumere nel proprio studio avvocati, altri collaboratori e/o lavoratori omosessuali, nonché la correlata tutela legale (risarcitoria e in forma specifica, con rimozione degli effetti ai sensi del cit.art.28 del d.lgs.150/2011).

Con ordinanza del 6 agosto 2014, il giudice ha accolto il ricorso e ha dichiarato il carattere discriminatorio del comportamento tenuto dall'avvocato Taormina, ordinando allo stesso la pubblicazione, a sue spese, di un estratto dello stesso provvedimento, in formato idoneo a garantire adeguata pubblicità, su "Il Corriere delle Sera", autorizzando l'Associazione ricorrente, in caso di inottemperanza, a provvedere direttamente alla pubblicazione, con diritto di rivalsa nei suoi confronti per le spese sostenute.

Ha altresì condannato il convenuto al pagamento in favore dell'Associazione della somma di € 10.000,00, a titolo di risarcimento del danno.

Ha infine condannato lo stesso al pagamento delle spese di lite.

Avverso questo provvedimento, l'avv. Carlo Taormina ha proposto appello ai sensi dell'art.702 quarter c.p.c., censurando la decisione sotto vari profili, di rito e di merito.

Sotto un primo profilo, ha criticato la decisione laddove, anche d'ufficio, non aveva rilevato il difetto di legittimazione processuale ad agire e anche sostanziale dell'Associazione ricorrente, non potendo la stessa considerarsi ente esponenziale di diritti e/o interessi diffusi.

Ha poi eccepito l'incompetenza funzionale del giudice adito, con conseguente nullità del procedimento e dell'ordinanza impugnata, ai sensi dell'art.158 c.p.c..

Ed ancora, ha pure contestato le statuizioni del giudice di primo grado che avevano respinto l'eccezione di nullità del ricorso, per mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7 dell'art.163, comma secondo, c.p.c..

Quanto al merito ha sostenuto l'erroneità della pronuncia, deducendo l'inesistenza di un comportamento discriminatorio "diretto", la non corretta interpretazione e applicazione dell'art.2, d.lgs.216/2003, la violazione dell'art. 3 di quest'ultimo decreto e il difetto di motivazione.

Ha sollevato questione di illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt.2, lett.a) e b) e dell'art.3, lett.a) del cit. d.lgs. 216, in relazione all'art.21 della Costituzione.

Ha sostenuto l'erronea applicazione del principio dell'onere della prova, per come disciplinato dall'art.28, comma 4, del d.lgs.150/2011.

Infine, ha censurato anche le statuizioni in ordine al risarcimento del danno, negandone la sussistenza e sostenendo non essere le stesse il frutto di alcun prudente contemperamento e mediazione tra i vari fattori incidenti sul danno.

Dopo aver impugnato la decisione anche con riferimento alla propria condanna alle spese di lite e alla loro quantificazione, ha concluso, in via principale, per l'annullamento del procedimento di primo grado e/o dell'ordinanza impugnata; in via subordinata, per la riforma dell'ordinanza, con dichiarazione dell'infondatezza del ricorso, ovvero, per l'accoglimento della questione di costituzionalità e rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, ovvero ancora, per la modifica delle statuizioni in materia di risarcimento del danno e di spese di lite.

La Associazione Avvocatura Per i Diritti LGBTI – Rete Lenford si è costituita tempestivamente in giudizio ed ha

resistito al gravame.

All'esito dell'odierna udienza, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello non può trovare accoglimento.

I fatti oggetto di giudizio sono sostanzialmente pacifici e il loro sintetico richiamo può essere utile per meglio comprendere il contenuto delle plurime questioni dibattute dalle parti e la relativa soluzione.

L'avv. Carlo Taormina nel corso della trasmissione radiofonica "La Zanzara" del 16.10.2013, intervistato dal conduttore, ha rilasciato una serie di dichiarazioni riguardanti l'omosessualità.

Dopo aver esordito con frasi quali *"se la tenga lei l'omosessualità, io non ne ho alcune, né simpatia, né antipatia, non me ne frega niente, l'importante è che non mi stiano intorno"* "... mi danno fastidio", alla considerazione del conduttore, *"ma lei è circondato da omosessuali, lei purtroppo è circondato, purtroppo per lei, perché la quota di popolazione è sempre quella"*, l'avvocato ha risposto *"sì vabbè intanto io ad esempio nel mio studio faccio una cernita adeguata in modo tale che questo non accada"*.

All'incalzare del conduttore che ha replicato *"cioè non ho capito, lei, se uno è omosessuale, non lo assume nel suo studio?"*, l'avvocato ha confermato *"ah sicuramente no, sicuramente no"*.

Il conduttore ha quindi continuato esclamando *"ma professore, ma questa è discriminazione ... è discriminazione questa roba qua ..."* e l'appellante ha risposto *"beh vabbè sarà discriminazione, a me non me ne frega niente"*.

La conversazione è quindi proseguita e l'avv. Taormina dopo aver chiarito di rispettare "queste persone", all'ulteriore affermazione del conduttore *"ognuno stia a casa sua, d'accordo, ma uno che vuole lavorare da lei, lei non può mettere il paletto <non deve essere frocio>, ..."*, ha ripetuto *"no, no io metto questo paletto sì, eh c'è questo paletto, mi dispiace per lei perché credo che vorrebbe fare un po' di pratica da avvocato ma ..."*.

Ed ancora, il professionista, anche dopo l'intervento del co-conduttore, ha persistito con dichiarazioni di questo tenore, lasciando intuire che non avrebbe mai reclutato, ad esempio, il miglior avvocato sulla piazza, laureato a Yale, ma omosessuale: *"perché lo devo prendere, faccia l'avvocato se è così bravo e così, diciamo, così capace di fare l'avvocato si apra un bello studio per conto suo e si fa la professione dove meglio crede. Da me non ... mi dispiace turberebbe l'ambiente, sarebbe una situazione di grande difficoltà"*.

L'Associazione appellata, preso atto delle riportate dichiarazioni, ha quindi promosso l'odierno procedimento, chiedendo l'accertamento del loro carattere discriminatorio, con la correlata tutela legale.

1) Ciò premesso quanto ai fatti, e partendo dalla prima questione sollevata dall'appellante, questi lamenta che il giudice di primo grado non abbia rilevato, anche d'ufficio, il difetto di legittimazione ad agire, sostanziale e processuale, dell'Associazione ricorrente.

Deduce che questa sarebbe costituita esclusivamente da avvocati e praticanti avvocati, per quanto con lo scopo di contribuire a sviluppare e diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone LGBT, e anche di offrire tutela giudiziaria, attraverso il coordinamento e la gestione di una rete di avvocati, ai soggetti vittime di condotte discriminatorie dovute alle tendenze sessuali.

Sostiene, dunque, che l'Associazione non sarebbe costituita come ente esponenziale di diritti e/o interessi diffusi, in particolare delle persone che intende assistere e quindi non avrebbe capacità di essere parte del presente giudizio e legittimazione ad agire non essendo rappresentativa del diritto o dell'interesse asseritamente leso.

L'assunto non può essere condiviso.

Premesso che l'eccezione in esame, alla luce di un orientamento abbastanza consolidato della giurisprudenza di legittimità, può essere sollevata anche nel presente grado di giudizio, l'art.5 del d.lgs.216/2003, di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazioni e di condizioni di lavoro, al comma 1, sancisce che *"le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4 (per la tutela giurisdizionale), in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio"*

Al comma 2, aggiunge che *"i soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione"*.

Come fondatamente osservato dalla difesa dell'Associazione appellata, è il legislatore stesso che attribuendo legittimazione ad agire nel processo alle associazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, non soltanto quando le stesse agiscano in nome e per conto, ma anche quando agiscano a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, e anche quando la discriminazione sia collettiva e non siano ancora individuabili le persone lese, si diceva, è il legislatore medesimo a qualificare dette associazioni come enti "esponenziali".

E ciò che caratterizza queste associazioni non è necessariamente l'appartenenza dei singoli associati alla categoria dei soggetti lesi dalla discriminazione collettiva, bensì lo scopo che le stesse si prefiggono e per il quale sono state costituite dai singoli associati.

In altri termini, le associazioni in questione per essere legittimate ad agire giudizialmente non devono essere costituiti da soggetti portatori dell'interesse che difendono, ma devono avere quale fine da perseguire quello della tutela di questo interesse.

Si tratta in sostanza di quei soggetti collettivi che operano sul territorio nazionale a difesa dell'effettività del principio di non discriminazione e che, appunto, si prefiggono di spiegare la loro azione con riferimento ad uno dei fattori possibile fonte di discriminazione e che, da questo punto di vista, aggrega una determinata categoria di soggetti (quale appunto, come nella specie, quello dell'orientamento sessuale della persona).

Si tratta delle associazioni portatrici dei c.d. "interessi collettivi", interessi cioè facenti capo ad una determinata categoria di soggetti e che, diversamente dai c.d. interessi diffusi (che sono interessi generali adespoti, cioè privi di un loro portatore), si qualificano proprio perché pur essendo comuni ad una collettività definita o definibile, fanno capo ad soggetto, appunto, l'associazione, che ne fa portatore (l'ente esponenziale).

Questa è senz'altro la lettura preferibile della norma in quanto è quella più aderente al contenuto della direttiva CE (2000/78) di cui la stessa è attuazione, e precisamente dell'art. 9, ove si evoca espressamente il ruolo delle "associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche ... che abbiano interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate".

Associazioni e organizzazioni, quindi, che non necessariamente devono essere "rappresentative" del diritto o dell'interesse leso, nell'accezione più ristretta del termine, e cioè in quanto costituite dai portatori di un diritto individuale o di un interesse individuale coincidente con quello dell'associazione, ma che devono essere unicamente portatrici dell'interesse "collettivo" leso.

Del resto, trattandosi di controversia che impinge su situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, la legittimazione ad agire, e quindi le norme che la regolano, va interpretata nella misura più lata possibile, giacché ciò impongono i principi europei di leale cooperazione (che conformano il giudice nazionale come giudice decentrato dell'Unione Europea) e il rispetto dei canoni di interpretazione codificati dalla nota sentenza della Corte di Giustizia Rewe, di effettività e di equivalenza. Solo in questo modo, infatti, si consente alla norma europea di spiegare la sua massima efficacia.

D'altro canto, come l'associazione appellata non ha mancato di sottolineare, inizialmente, il legislatore nazionale aveva attribuito la legittimazione ad agire unicamente alle rappresentanze sindacali, ma questa trasposizione risultò riduttiva rispetto alla prescrizione del cit.art.9 della Direttiva e pertanto, a seguito della correlata procedura di infrazione aperta a carico dello Stato Italiano, la violazione è stata sanata con la legge n.101/2008 che ha appunto esteso le previsioni dell'art. 5 anche alle "associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso".

Nel caso di specie l'organismo appellato è un'associazione che si occupa della tutela dei diritti e degli interessi delle persone omosessuali. L'art. 2 dello statuto della stessa, riguardante "l'oggetto e lo scopo", sancisce che: "l'associazione ha lo scopo di contribuire a sviluppare e diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone omosessuali, bisessuali, transessuali e intersessuali (LGBT), a livello regionale, nazionale, comunitario e internazionale, e in particolare di promuoverne lo studio, la conoscenza e la difesa tra tutti gli operatori del diritto, sollecitando l'attenzione del mondo giudiziario verso il rispetto delle diversità" (punto 2.1).

Precisa, tra l'altro, che "l'associazione al fine di promuovere, affermare e tutelare i diritti e gli interessi delle persone LGBTI: a) coordina e gestisce la formazione di una rete di avvocati, di cui fanno parte anche i soci e le socie, professionisti o studiosi ...; b) favorisce e promuove la tutela giudiziaria, nonché l'utilizzazione degli strumenti di tutela collettiva, presso le Corti nazionali e internazionali; ...".

L'Associazione convenuta ha anche dedotto, e in punto non vi sono state contestazioni da parte dell'appellante, di svolgere una imponente attività di formazione, informazione e sensibilizzazione sul tema dei diritti alle persone e delle coppie omosessuali, e di aver curato la pubblicazione di diversi volumi in tema; nonché di avere offerto, tramite gli avvocati associati, consulenza legale a diversi cittadini omosessuali in tema di discriminazione, arrivando ad ottenere anche pronunce della Corte Costituzionale (n.138/2010) e della Corte di Cassazione (n. 4184/2012) in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In definitiva, l'associazione appellata deve certamente ricondursi nel novero delle associazioni rappresentative dell'interesse leso di cui al cit. art. 5 del d.lgs. 216/2003, secondo l'interpretazione qui sostenuta.

Va quindi affermata la legittimazione ad agire e processuale della stessa (rientrando nello scopo e nei fini dell'associazione anche quello specifico di promuovere la tutela giudiziaria dei diritti delle persone LGBTI e l'utilizzazione degli strumenti di tutela collettiva, presso le corti nazionali e internazionali).



2) L'avv. Taormina, con il secondo motivo di appello, si duole che il giudice di primo grado non abbia rilevato d'ufficio la propria incompetenza funzionale.

La doglianza è priva di fondamento.

Anzitutto, non è dato comprendere se l'appellante intenda sostenere che nella specie sarebbe competente il giudice ordinario, come pare implicitamente prospettato, una volta esclusa la competenza per materia del giudice del lavoro.

In ogni caso, l'art. 28 del d.lgs. n.150/11, pur introducendo un rito speciale diverso da quello del lavoro, non contiene alcuna espressa indicazione in ordine ad una riserva di competenza in favore del giudice civile ordinario, per cui, sotto lo specifico profilo deve necessariamente farsi riferimento alle disposizioni generali in materia di competenza.

Orbene, l'art. 414 c.p.c. espressamente dispone che le controversie previste dall'art. 409 c.p.c. sono decise dal giudice del lavoro e, nel caso di specie, la domanda ha ad oggetto una controversia in materia, latamente, di assunzione o instaurazione di rapporti di collaborazione e più specificatamente la natura discriminatoria del prospettato non avvenuto reclutamento di lavoratori con particolare tendenza sessuale e individuabili collettivamente.

Sussiste pertanto la competenza per materia del giudice del lavoro.

Soltanto per completezza, merita rilevare che comunque anche nel caso in cui la competenza appartenesse al giudice ordinario, nella specie si porrebbe unicamente un problema di rispetto delle disposizioni tabellari, riguardanti l'assegnazione degli affari all'interno del Tribunale e non una questione di competenza.

Ed invero, è principio costantemente affermato dalla Corte di Cassazione che la ripartizione delle funzioni fra le sezioni lavoro e le sezioni ordinarie di un organo giudicante è estranea al concetto di competenza e attiene unicamente alla distribuzione degli affari all'interno dello stesso ufficio.

3) Con il terzo motivo di gravame, l'appellante censura la decisione di primo grado, laddove ha respinto l'eccezione di nullità del ricorso, mancando nell'atto l'avvertimento di cui all'art. 163, n. 7, c.p.c..

Anche questo motivo non può trovare accoglimento.

È pacifico in causa che l'avv. Taormina, costituendosi nel giudizio di primo grado, oltre ad eccepire la nullità dell'atto introduttivo del giudizio per mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 163, n.7. c.p.c., si è difeso anche nel merito. Questo è sufficiente a far ritenere sanato il vizio lamentato.

Ed invero, in argomento non si può che richiamare e aderire al consolidato indirizzo della giurisprudenza di

legittimità secondo cui la norma dell'art. 164 c.p.c., comma 3, quando, nonostante la costituzione del convenuto in presenza di nullità della citazione relative alla *vocatio in ius* (quali l'inosservanza del termine di comparizione e l'omissione dell'avvertimento dell'art. 163 c.p.c., n. 7), esclude che si verifichi la sanatoria del vizio della citazione per effetto della costituzione, qualora il convenuto costituendosi eccepisca tale nullità (imponendo al giudice di fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini di comparizione), suppone che il convenuto, nel costituirsi, si limiti alla formulazione dell'eccezione di nullità.

Il dovere del giudice di provvedere a tale fissazione è, infatti, ricollegato non ad un'istanza del convenuto, ma direttamente all'atteggiamento dello stesso di proposizione dell'eccezione. Ne deriva che se il convenuto costituendosi svolge le sue difese, il presupposto per l'applicazione della norma non sussiste.

Il legislatore, invero, non avendo richiesto un'istanza del convenuto in aggiunta all'eccezione, ha inteso ricollegare il dovere di fissazione di nuova udienza ad una costituzione finalizzata alla sola formulazione dell'eccezione e non anche ad una costituzione che alla formulazione dell'eccezione accompagni lo svolgimento delle difese.

Se così fosse, la fissazione dell'udienza dovrebbe avere luogo pur in presenza di una difesa completamente articolata, come nel caso di specie, e finirebbe per essere priva di scopo.

D'altro canto, una volta considerato che il convenuto che si sia visto notificare una citazione inosservante del termine a comparire o senza l'avvertimento ai sensi dell'art. 163 c.p.c., n. 7, può scegliere di costituirsi e sanare la nullità della citazione oppure di non costituirsi e lasciare che il giudice la rilevi oppure ancora costituirsi e limitarsi ad eccepirlo, lo spettro di tali possibilità, rimettendo al convenuto la decisione su come reagire di fronte alla nullità, esclude che egli abbia una quarta possibilità, cioè di costituirsi, eccepire la nullità e svolgere contemporaneamente le sue difese.

Si aggiunga che, essendo la fissazione di una nuova udienza finalizzata ad assicurare che l'esercizio del diritto di difesa fruisca del termine a comparire o dell'avvertimento siccome ritenuto astrattamente necessari dal legislatore al rispetto del diritto di difesa, consentire al convenuto di costituirsi e svolgere

l'eccezione e nel contempo le sue difese significa rimettere a lui lo spostamento dell'udienza, in chiara contraddizione con il fatto che, nonostante la nullità, ha svolto le sue difese, pur potendolo non fare.

Se la norma in esame si leggesse nel senso voluto dall'appellante e qui non condiviso, la fissazione della nuova udienza nel rispetto dei termini assumerebbe il valore di una concessione al convenuto di un termine per integrare le sue difese, ma, poiché il legislatore parla di udienza nel rispetto di termini, tale udienza assume rispetto al convenuto la stessa funzione di quella indicata nella citazione e, dunque, di un'udienza in relazione alla quale il suo comportamento è regolato dagli artt. 166 e 167 c.p.c., e non di un'udienza rispetto alla quale dovranno integrarsi le difese.

Si aggiunga ancora che l'opposta soluzione, qualora le difese già svolte dal convenuto evidenzino in rito o nel merito ragioni di rigetto della domanda, finirebbe per comportare che la fissazione della nuova udienza, in quanto doverosa, impedirebbe al giudice di ravvisare le condizioni per la maturità della causa per la decisione a favore dello stesso convenuto (cfr. in motivazione la recente Cass.21910/2014, citata pure dall'Associazione appellata).

Tutte queste considerazioni non risultano esaminate dall'unico precedente della Suprema Corte in senso contrario, cioè da Cass. n. 12129 del 2004, dalla cui lettura, peraltro, non emerge se la costituzione del convenuto di cui nella specie si trattava fosse stata accompagnata da immediato svolgimento delle difese oppure queste — come parrebbe — fossero state svolte successivamente, avendo il giudice invitato le parti a precisare le conclusioni. Anche in argomento, pertanto, l'ordinanza impugnata merita conferma.

4) Venendo ora al merito e in particolare ai motivi di appello riguardanti l'asserita insussistenza della condotta discriminatoria, l'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 216/2003 e la dedotta erronea applicazione del principio dell'onere della prova, si tratta di motivi che meritano una trattazione congiunta, attesa la loro connessione e stretta interdipendenza.

L'appellante deduce, in sintesi, che nel suo caso non sarebbe stata integrata alcuna discriminazione diretta, come affermato dal giudice di primo grado, in quanto l'art. 2, lett. a, d. lgs. 216/2003, laddove dispone che la fattispecie discriminatoria è integrata quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata un'altra in una situazione analoga, postulerebbe la comparazione tra situazioni omogenee e non meramente astratte, diversamente quindi da quanto avvenuto nella vicenda per cui è causa, non essendo in corso nel proprio studio assunzioni di alcun tipo.

Inoltre, essendosi riferite le sue dichiarazioni specificamente agli avvocati, neppure sarebbe ipotizzabile il sorgere di un rapporto di qualsivoglia genere, rimanendo l'avvocato un libero professionista anche quando inserito in uno studio legale.

Sostiene poi che nel caso in cui le disposizioni normative in parola fossero interpretate diversamente, risolvendosi in una mera manifestazione del pensiero, si porrebbe un problema di costituzionalità delle stesse per contrasto con l'art. 21 della Costituzione, che garantisce e tutela la libertà di opinione.

Espone infine, per quanto attiene alla ripartizione degli oneri probatori, che diversamente da quanto statuito dal giudice di prime cure, l'art. 28, comma quarto, del d.lgs. 150/2011, subordinerebbe "l'inversione" dell'onere della prova alla circostanza che l'attore fornisca elementi di fatto dai quali poter desumere il comportamento discriminatorio, elementi nella specie non offerti dall'Associazione ricorrente, la quale avrebbe fondato la fattispecie discriminatoria unicamente sulle dichiarazioni da lui rilasciate senza fornire alcuna prova del fatto che fossero in corso assunzioni nel suo studio.

Nessuna delle doglianze può trovare accoglimento.

L'art. 2, lett. a, del d.lgs. 216/2003, dispone che si ha "discriminazione diretta quando per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga".

Si è già detto che la norma è la trasposizione dei principi della direttiva 2000/78 CE in materia di parità di trattamento nell'occupazione e di condizioni di lavoro.

È indubbio pertanto che, per le ragioni anticipate sopra (i principi europei di leale cooperazione che conformano il giudice nazionale come giudice decentrato dell'Unione Europea, impongono il rispetto dei canoni di interpretazione codificati dalla già citata sentenza della Corte di Giustizia Rewe, di effettività e di equivalenza, anche al fine di consentire alla norma europea di spiegare la sua massima efficacia), la sua interpretazione non possa prescindere, ma anzi debba essere conforme a quella data a livello europeo.

Soccorrono a tal fine le sentenze della Corte di Giustizia citate dal giudice di primo grado e anche dall'Associazione appellata, che hanno fornito in tema argomenti utili e dai quali è difficile discostarsi (cfr. sentenza nella causa *Asociatia Acsept*, C- 81/12 e nella causa *Feryn NV*, C-54/07).

In particolare, la sentenza *Feryn* ha affermato un quadro esegetico decisivo ai fini che qui interessano.

In quell'occasione il giudice nazionale di primo grado aveva sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia un'interpretazione della direttiva 2000/43/CE (gemella della direttiva 2000/78, attuata dalle norme qui in esame), analoga a quella sostenuta dall'avv. Taormina, e cioè che non sarebbero state configurabili situazioni analoghe comparabili in modo specifico e concreto, non essendo in corso assunzioni di alcun tipo da parte del datore di lavoro che aveva dichiarato pubblicamente nell'ambito di una campagna di assunzione, che non sarebbero state accettate le candidature delle persone di una determinata origine etnica. Il giudice nazionale aveva sostenuto che sino a che il datore di lavoro non dava seguito alle proprie affermazioni discriminatorie, la discriminazione doveva considerarsi soltanto ipotetica e non poteva pertanto ricondursi nell'alveo di applicazione della citata direttiva, in materia di discriminazione diretta (2000/43/CE).

La Corte di Giustizia ha escluso questa interpretazione, sposando la tesi dell'Avvocato Generale e affermando che *"il fatto che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art.2, n.2, lett.a), della direttiva 2000/43, in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolarne l'accesso al mercato del lavoro"*.

Come efficacemente esposto dall'Avvocato Generale, nelle proprie conclusioni, al fine di meglio comprendere perché la Corte di Giustizia sia giunta a questa conclusione, è certo che un'interpretazione della direttiva che limitasse la sua portata ai casi identificabili, di aspiranti che si siano candidati ad un determinato posto di lavoro e che siano stati esclusi, rischierebbe di compromettere l'effettività del principio di parità di trattamento in materia di lavoro.

Ed invero, sempre secondo gli eloquenti passaggi delle conclusioni dell'Avvocato Generale, *"...in tutte le procedure di assunzione, la principale <selezione> ha luogo tra coloro che si presentano e coloro che non lo fanno. Non ci si può legittimamente aspettare che qualcuno si candidi a un posto di lavoro se sa in anticipo che, a causa della sua origine razziale o etnica, non ha alcuna possibilità di essere assunto. Pertanto, la dichiarazione pubblica di un datore di lavoro, secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non devono presentarsi, ha un effetto tutt'altro che ipotetico. Ignorare che ciò costituisce un atto discriminatorio significherebbe ignorare la realtà sociale, in cui siffatte dichiarazioni hanno inevitabilmente un impatto umiliante e demoralizzante sulle persone aventi quell'origine che intendano accedere al mercato del lavoro e, in particolare, su quelle interessate ad essere assunte presso il datore di lavoro in questione"*.

Ed ancora, *"in casi come questi può essere molto difficile individuare le singole vittime, dato che, in primo luogo, gli interessati potrebbero non candidarsi neppure a un posto presso tale datore di lavoro ... Infatti, il datore di lavoro, manifestando pubblicamente la propria intenzione di non assumere persone di una determinata origine razziale o etnica, esclude tali persone dalla procedura di assunzione e dall'occupazione presso la propria azienda. Egli non si limita a parlare di discriminazione, bensì discrimina. ... L'annuncio secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non sono bene accette come candidati a un posto di lavoro costituisce quindi di per sé una forma di discriminazione"*. *"Si porrebbe a risultati imbarazzanti se, per qualche motivo, una discriminazione di questo tipo fosse del tutto esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva, in quanto gli Stati membri sarebbero implicitamente autorizzati, in forza della stessa, a consentire ai datori di lavoro di distinguere effettivamente i candidati in ragione dell'origine razziale o etnica, semplicemente rendendo pubblico in anticipo, nel modo più chiaro possibile, il carattere discriminatorio della loro politica di assunzione. In tal modo, la più impudente strategia di assunzione discriminatoria potrebbe anche trasformarsi nella più <premiante>"*.

Questi principi danno conto di quale sia la sfera di azione della normativa europea in materia e di quale sia il canone ermeneutico da utilizzare per interpretare la norma nazionale: la discriminazione diretta sussiste ogni qualvolta ad un certo comportamento possa riconoscersi valenza discriminatoria, a prescindere dal riscontro di singoli effetti dannosi già concretamente realizzati.

È dunque sulla potenzialità lesiva delle dichiarazioni imprenditoriali, piuttosto che sulle conseguenze lesive da esse derivanti, che poggia la ricorrenza di una discriminazione diretta, di carattere collettivo, giudizialmente contestabile.

In altri termini, come fondatamente osservato dalla Associazione appellata, l' "ordine di discriminare" o la volontà di discriminare, manifestata pubblicamente del datore di lavoro, integra la fattispecie discriminatoria, senza che questa sia condizionata dalla circostanza che l'ordine sia stato eseguito.

Il contenuto discriminatorio di una condotta lesiva delle disposizioni normative in discussione va dunque valutato in considerazione del pregiudizio, anche soltanto potenziale, che una categoria di soggetti potrebbe subire in termini di svantaggio o di maggiore difficoltà, rispetto ad altri non facenti parte di quella categoria, nel reperire un bene della vita, quale l'occupazione.

In questo senso la Corte di Giustizia si è mossa anche nella causa *Asociatia Accept*, riguardante proprio l'applicazione dell'art. 2, paragrafo 2, direttiva 2000/78, in materia di occupazione e condizioni di lavoro, chiarendo che *"l'esistenza di una discriminazione diretta... non presuppone che sia identificabile un denunciante che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione"* (il caso, come noto alle parti, riguardava l'azionista di una squadra di calcio che nel corso di un'intervista televisiva aveva dichiarato che

sarebbe stato preferibile ingaggiare un calciatore della squadra giovanile, piuttosto che un calciatore presentato come omosessuale).

Applicando questi principi alla vicenda per cui è causa, non possono che condividersi le osservazioni del giudice di primo grado. L'avv. Taormina, nella intervista radiofonica sopra riportata, più volte ha affermato di non volere persone omosessuali all'interno del proprio studio professionale e di fare a tal fine "una cernita adeguata in modo che questo non accada". Ha quindi manifestato, pubblicamente, una politica di assunzione discriminatoria (tra l'altro attuale), essendo volta all'esclusione di candidati con detto orientamento sessuale (avvocati e praticanti, ma anche collaboratori diversi, quindi impiegati o altro, avendo avuto le dichiarazioni dell'avvocato Taormina contenuto generale, in quanto riferite a soggetti collaboratori, in senso lato, del proprio studio, e soltanto in un secondo momento essendosi concentrate sugli "avvocati", una volta introdotto dal co-conduttore un esempio concreto, riguardante un avvocato laureato a Yale).

L'appellante ha sostanzialmente dichiarato di effettuare una precisa scelta nell'assunzione o reclutamento del personale, escludendo gli aspiranti omosessuali (*"lei, se uno è omosessuale, non lo assume nel suo studio? Ah, sicuramente no, sicuramente no", "uno che vuole lavorare da lei, lei non può mettere il paletto <non deve essere frocio> ..." "no, no, io metto questo paletto sì, eh c'è questo paletto ..."*).

Si tratta quindi di espressioni idonee a dissuadere gli appartenenti a detta categoria di soggetti dal presentare le proprie candidature allo studio professionale dell'appellante e quindi certamente ad ostacolarne l'accesso al lavoro ovvero a renderlo maggiormente difficoltoso.

A ciò si aggiunga che l'appellante è piuttosto famoso nel territorio nazionale e questo non può che attribuire maggiore risonanza alle sue dichiarazioni, e quindi, parallelamente, maggiore dissuasività.

Né può avere rilievo la circostanza, sulla quale l'appellante ha molto insistito, che al momento delle dichiarazioni non era in corso presso lo studio dello stesso alcuna selezione di personale.

È indubbio che dichiarazioni di detto contenuto siano idonee a dissuadere candidature non solo quando la selezione è formalmente aperta, ma anche nella fase antecedente, prima che questa, in un momento prossimo o lontano, si apra.

A ciò deve aggiungersi che nello specifico caso degli studi professionali, quale quello di cui è titolare l'appellante, l'instaurazione di un rapporto di collaborazione con un altro professionista o con un praticante, solitamente non avviene a seguito della formale apertura della relativa selezione, quanto piuttosto sulla base del curriculum professionale e della personale richiesta dell'interessato.

È evidente che a seguito della politica di assunzione discriminatoria dell'avv. Taormina, come da lui pubblicamente manifestata, avvocati o praticanti con l'orientamento sessuale in parola, saranno distolti dal proporsi, con pregiudizio di quella parità delle condizioni di accesso all'occupazione, garantita dalle norme in esame.

Sotto diverso profilo, è pur vero che è stato il medesimo appellante a proporsi quale datore di lavoro e a manifestare, in questa qualità, la propria politica di assunzione discriminatoria, così ponendosi nella stessa condizione presa in considerazione dalla sentenza della Corte di Giustizia Feryn, sopra richiamata, di datore di lavoro che pubblicamente dichiara che non assumerà lavoratori o non collaborerà con lavoratori omosessuali (a prescindere dalla circostanza che sia identificabile una vittima reale della discriminazione) e, prima ancora, che li escluderà dalla futura selezione (*"io ad esempio nel mio studio faccio una cernita adeguata in modo tale che questo non accada"*).

È bene rilevare che, come detto sopra, i principi affermati dalla Corte Europea nella sentenza Feryn e anche nella sentenza Asotia Accept riguardano, in sostanza, la "politica" di assunzione del datore di lavoro — discriminatoria — e non danno rilievo alla circostanza che una selezione sia in corso (addirittura nella seconda sentenza, la Corte di Giustizia ha ritenuto non incidere sulla condotta discriminatoria il fatto che nelle specie il dichiarante non avesse la capacità di vincolare o rappresentare giuridicamente la società datrice di lavoro in materia di assunzioni, in quanto ha ritenuto che l'unico dato rilevante, proprio sotto il profilo della potenzialità lesiva delle dichiarazioni discriminatorie, fosse il fatto che lo stesso fosse percepito e si presentasse come tale).

Da ultimo, deve pure osservarsi che lo stesso art. 2, lett. a della direttiva 2000/78/CE, trasposto nell'art. 2, lett. a del d. lgs. 216/2003, introduce il criterio della comparazione ipotetica, facendo riferimento ad una persona trattata in maniera meno favorevole rispetto a come "sarebbe trattata" un'altra persona in una situazione analoga (quindi non soltanto come è o come sia stata trattata).

In definitiva, concludendo in punto, il fatto che presso lo studio dell'appellante non fosse in corso alcuna procedura di selezione del personale, non incide sulla sussistenza della discriminazione, integrata questa dalle dichiarazioni rilasciate pubblicamente dal suo titolare, in quanto l'esistenza della discriminazione diretta, alla luce dell'art. 2, lett. a del d. lgs. 216/2003, interpretato sulla scorta dei principi della direttiva europea di cui è attuazione, prescinde da detta circostanza, non richiedendo che sia identificabile un denunciante che asserisca in concreto di essere stato vittima di tale discriminazione, ma fondandosi unicamente sulla potenzialità lesiva della condotta medesima.



Una simile interpretazione neppure pare interferire con i principi costituzionali, come sostiene l'appellante.

Si è visto che l'art. 2 è l'attuazione della direttiva in materia di occupazione e condizioni di lavoro (e quindi anche di accesso al lavoro), e questa, a sua volta, pone principi assolutamente in linea con la Costituzione (art.2,3,4 e 35 Cost.).

È pure vero che l'art. 21 della Costituzione garantisce la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione, ma è altrettanto vero che questa libertà incontra i limiti degli altri principi e diritti che godono di garanzia e tutela costituzionale.

È fin troppo noto che, come correttamente esposto dalla Associazione appellata, il concetto di limite è insito al concetto di diritto, nel senso che per coesistere nell'ordinanza convivenza civile, le varie sfere e situazioni giuridiche devono essere limitate reciprocamente.

È quindi evidente che la libertà di manifestazione del pensiero non può spingersi sino a violare altri principi costituzionalmente tutelati e quindi, come nella specie, i principi sopra richiamati (art. 2, 3, 4 e 35) che stanno alla base delle norme in contesa, in materia di discriminazione nell'accesso all'occupazione.

La questione costituzionale sollevata dall'appellante deve ritenersi, dunque, manifestamente infondata.

Infine, per quanto attiene alla distribuzione degli oneri probatori, l'art. 28 del d. lgs. 150/11, nel prevedere che le controversie relative alla discriminazione sono regolate unitariamente dal rito sommario di cognizione, stabilisce che *"quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione"*.

Aggiunge che *"i dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata"*.

Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, non si tratta tecnicamente di un'inversione dell'onere della prova, bensì di una semplificazione dell'onere medesimo gravante sul soggetto che lamenta di essere vittima di una discriminazione. Il soggetto convenuto, in sostanza, ha l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori.

Il principio è del tutto in linea con quanto disposto dal diritto europeo, come interpretato da Corte di Giustizia.

Basti richiamarsi quanto statuito in tema nell'ormai nota sentenza della Corte di Giustizia nella causa Feryn: *"...l'art.8 della direttiva 2000/43 precisa che incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento allorché elementi di fatto permettono di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta. L'obbligo di fornire la prova contraria, che incombe in tal modo al presunto autore della discriminazione, è subordinato unicamente alla constatazione di una presunzione di discriminazione, dal momento che quest'ultima si fonda su elementi di fatto accertati"*.

La Corte prosegue affermando che *"... le dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono configurare tali elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria. Di conseguenza incombe a tale datore di lavoro fornire la prova di non aver violato il principio della parità di trattamento, in particolare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni"*.

Principi conformi sono stati affermati anche nella sentenza Asociația Accept, con riferimento a quanto statuito dall'art. 10, della direttiva 2000/78, attuata dal d. lgs. 216/2003, articolo quest'ultimo di contenuto pressoché analogo a quello del cit. art. 8 della direttiva 2000/43 (la norma statuisce che *"gli Stati membri prendono le misure necessarie ... per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono ... fatti dai quali si può presumere che vi sia stata discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi sia stata violazione del principio della parità di trattamento"*).

Nel caso di specie, si è già detto del contenuto discriminatorio delle dichiarazioni rese pubblicamente dall'appellante e della loro potenzialità lesiva.

È pertanto certo che incombeva al professionista fornire la prova di non aver violato il principio della parità di trattamento, dimostrando, ad esempio, che la prassi effettiva di assunzione nel proprio studio professionale non corrispondeva a tali dichiarazioni.

Di questa prova non vi è traccia in atti, e prima ancora, neppure allegazione. Ed invero, il professionista si è limitato a negare di avere in corso assunzioni, ma questo dato, come si è spiegato sopra, non

ha alcuna rilevanza. Oppure, si è limitato a sostenere di aver soltanto manifestato la propria opinione nell'ambito di un'intervista: ma anche questa difesa non impinge con la prova di cui si tratta, una volta accertato che le dichiarazioni rilevano come pubblica manifestazione di una politica di assunzione discriminatoria, non consentita dalla legge, ad opera di un datore di lavoro, piuttosto che come manifestazioni di una opinione personale del dichiarante.

In definitiva, nessuno dei motivi di impugnazione qui in esame, merita accoglimento.

5) Con altro motivo di appello, l'avv. Taormina contesta la tutela risarcitoria accordata dal giudice di primo grado all'Associazione appellata (pubblicazione di un estratto del provvedimento impugnato sul quotidiano "Il Corriere della Sera" e condanna al pagamento in favore dell'Associazione della somma di € 10.000,00).

Deduce nello specifico che il giudice non avrebbe correttamente applicato il principio di equità di cui all'art. 1226 c.c., procedendo piuttosto secondo propria discrezionalità, e neppure avrebbe considerato che appunto in ragione della propria notorietà, la pubblicazione del provvedimento su di un quotidiano a tiratura nazionale sarebbe stata di per sé rimedio sufficiente, con conseguente superfluità della condanna al pagamento di una somma di denaro.

Anche questo motivo non ha ragion d'essere.

Come correttamente affermato dal giudice di primo grado, secondo le direttive in materia di parità di trattamento e discriminazione, anche alla luce dell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di trasposizione, debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive, poiché una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace delle direttive stesse (cfr. le sentenze già citate, Feryn e Asociatia Accept).

L'art. 28 del d. lgs. 150/2011, al comma 5 dispone, nello specifico, che il giudice con l'ordinanza che definisce il giudizio può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Prevede, dunque, due sanzioni diverse e non necessariamente alternative.

Nel caso di specie, certamente condivisibile è la statuizione del giudice di prime cure che ha ritenuto necessario, sotto il profilo della "rimozione degli effetti" della condotta discriminatoria dell'appellante, ordinare la pubblicazione dell'ordinanza impugnata su di un quotidiano a grossa tiratura nazionale, quale "Il Corriere della Sera". Le dichiarazioni rilasciate dall'avv. Taormina, professionista noto, hanno avuto ampia risonanza mediatica (come documentato dagli estratti on-line prodotti dall'Associazione appellata), sono state molto chiare e piuttosto offensive. L'appellante inoltre non le ha mai smentite, così dimostrando una certa pervicacia nella propria condotta. E questa sanzione, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non può ritenersi sufficiente anche a risarcire il danno non patrimoniale subito dall'Associazione appellata, in quanto rappresentativa dell'interesse leso.

Come visto, la sanzione deve essere oltre che dissuasiva, efficace e proporzionata, ed è indubbio che la parte convenuta, quale soggetto collettivo esponente degli interessi delle persone omosessuali, abbia subito un pregiudizio (non patrimoniale) per effetto del comportamento dell'appellante, in termini di lesione di un diritto, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso al lavoro nonostante l'orientamento sessuale, diritto dalla stessa Associazione propugnato e tutelato. La lesione è stata significativa, attesa la ferma reiterazione delle affermazioni da parte dell'appellante e il contenuto fortemente scoraggiante delle stesse.

L'ordinanza impugnata va, dunque, confermata anche in punto sanzioni.

6) Il gravame, infine, non merita accoglimento neppure per quanto attiene alla condanna dell'appellante alle spese di lite, attesa la sua sostanziale soccombenza (il ricorso dell'Associazione non è stato accolto unicamente con riferimento al profilo del tutto marginale delle maggiori sanzioni richieste e riguardanti la pubblicazione su due quotidiani e la quantificazione del danno nella somma di € 15.000,00).

Circa la quantificazione delle spese è bene rilevare che il valore dell'odierno procedimento non può ridursi a quello riguardante il danno non patrimoniale oggetto di risarcimento, posto che ai sensi dell'art. 10 c.p.c. e dell'art. 5 del d.m. 55/2014, il valore della causa va determinato sommando il valore delle domande e la domanda di accertamento della sussistenza di una condotta discriminatoria è senz'altro di valore indeterminato. Da ciò deriva che lo scaglione da utilizzare nella presente causa è diverso da quello indicato dall'appellante e va individuato, quantomeno, in quello superiore, che parte dalla somma di € 26.001,00.

Così, tenuto conto della difficoltà della odierna controversia, della sua importanza, della complessità delle questioni giuridiche trattate e della completezza degli atti dell'Associazione, la liquidazione operata dal giudice di prime cure risulta del tutto congrua.

Per quanto riguarda invece le spese del presente giudizio, motivi di equità, tenuto conto in particolare della complessità della questione esaminata preliminarmente e riguardante la legittimazione attiva dell'Associazione, (questione questa ancora poco indagata dalla giurisprudenza), inducono a dichiararle interamente compensate tra le parti. Trattandosi di rigetto integrale dell'impugnazione, l'appellante è tuttavia tenuto al versamento dell'importo previsto dall'art. 1, co. 17, legge 228/12.

P.Q.M.

Respinge l'appello avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di Bergamo in data 6 agosto 2014, nell'ambito del

procedimento *ex art. 28* del d.lgs. 150/2011;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese di lite.

Brescia, 11 dicembre 2014

Il Presidente

## Tribunale per i minorenni di Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014

ADOZIONE – RICONOSCIUTA ALL'ESTERO – COPPIA DI GENITORI DELLO STESSO SESSO – TRASCRIZIONE IN ITALIA – INAMMISSIBILITÀ – CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO – INSUSISTENZA – CARENZA DEL REQUISITO DEL MATRIMONIO SECONDO LA LEGGE ITALIANA – SUFFICIENZA – LESIONE DELL'INTERESSE PREMINENTE DEL MINORE – SUFFICIENZA – QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE – NON MANIFESTA INFONDATEZZA

Non può trascriversi in Italia l'atto di adozione legittimante riconosciuta all'estero in favore di una coppia dello stesso sesso in quanto, pur non essendovi contrarietà rispetto all'ordine pubblico, non risulta rispettata la normativa che prevede che il matrimonio sia limitato alle coppie di sesso diverso; la norma è tuttavia sospetta di contrarietà alla Costituzione non essendo rispettato l'interesse preminente del minore.

### Riferimenti normativi

- norme oggetto del giudizio: artt. 35 e 36 L. 14 aprile 1983, n. 184
- parametri costituzionali: artt. 2, 3, 30 e 117 (in relazione all'art. 8. Cedu) Cost.

### IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI BOLOGNA

in composizione collegiale e così composto:

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| dr. Giuseppe Spadaro     | Presidente rel.  |
| dr. Elisabetta Tarozzi   | Giudice          |
| dr. Maria Clede Garavini | Giudice onorario |
| dr. Daniele Stumpo       | Giudice onorario |

riunito in Camera di Consiglio in data 6 novembre 2014;

nel procedimento iscritto al n. 72 dell'anno 2014 instaurato da (...), nata a (...), rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Pezzi

ha pronunciato la seguente  
ORDINANZA

avente ad oggetto: ricorso *ex art. 41, comma II, legge n. 218/1995*, per il riconoscimento della sentenza straniera di adozione *General Judgment of Adoption* n. 0310-71486 del Tribunale di Prima Istanza dello Stato dell'Oregon, Contea di Multnomah, USA, pronunciata in data 22 gennaio 2004, con la quale si dispone l'adozione piena della minore J. B. S. E. (nata a Portland, USA, il 4 ottobre 2003, cittadina americana), in favore della ricorrente e con mantenimento della responsabilità genitoriale congiunta alla madre biologica J. E. A.

*In fatto*

### 1. Sul processo

E. M. B. presentava ricorso in data 26 marzo 2014 per il riconoscimento della sentenza straniera di adozione *General Judgment of Adoption* n. 0310-71486 del Tribunale di Prima Istanza dello Stato dell'O-



regon, Contea di Multnomah, USA, pronunciata in data 22 gennaio 2004, con la quale si disponeva l'adozione piena della minore J. B.

S. E., in favore della ricorrente e con mantenimento della responsabilità genitoriale congiunta alla madre biologica J. E. A. A sostegno della richiesta produceva: la copia autentica della sentenza del Tribunale dell'Oregon, munita di apostille e traduzione consolare; la copia autentica del certificato di nascita di S. E. J. B., con apostille e traduzione; la copia autentica del matrimonio contratto da E. B. e E. J. con apostille e traduzione. Il Pubblico Ministero riteneva necessario acquisire informazioni sul nucleo familiare e rassegnava in tal senso le Sue conclusioni, con provvedimento del 17 aprile 2014. Con decreto del 26 maggio 2014, venivano convocate dinanzi a questo Tribunale per poterne acquisire l'audizione, la ricorrente nonché la J. e la minore S. E.

L'audizione veniva svolta in data 4 giugno 2014. La ricorrente (B.) e la J. confermavano di avere contratto matrimonio negli Stati Uniti e riferivano che la minore (figlia della J., adottata in America dalla B.) aveva avuto la nonna materna (deceduta) in Aosta, e quivi ancora aveva i famigliari. In sede di audizione emergeva che: le due mogli (B. e J.) convivevano da 20 anni e avevano contratto matrimonio nel 2013 dopo un periodo di *domestic partnership* iniziato nel 2008; ognuna delle due aveva partorito un figlio; la ricorrente, un maschio (A.); la J. una femmina (S. E.); in entrambi i casi, gravidanza portata a termine a seguito di inseminazione artificiale da donatore anonimo; ognuna delle due aveva adottato, in America, il figlio/la figlia dell'altra; si erano trasferite in Italia da settembre. La minore sentita dichiarava: «queste due signore sono le mie mamme. Sono tutte e due buone e severe. Gioco con tutte e due». Aggiungeva: «se il Tribunale non dovesse accettare la mia richiesta di essere adottata anche in Italia da mamma E. sarebbe un peccato perché avrei molto dispiacere per il fatto di non essere riconosciuta come italiana». Conclusa l'istruttoria, il P.M. esprimeva parere contrario al ricorso, con provvedimento del 23 settembre 2014. Secondo il PM, la domanda non poteva trovare accoglimento: l'ordinamento giuridico interno prevedeva l'adozione del figlio del coniuge solo in presenza di un matrimonio riconosciuto dalla legge italiana (art. 44 lett. B, legge n. 184/1983), quale non doveva ritenersi fosse quello oggetto di lite (celebrato da due sponsali di sesso femminile all'estero). Il Tribunale riservava la decisione.

## 2. Sulla ricostruzione dei fatti

Vanno svolte premesse preliminari in ordine allo sfondo fattuale e storico che assiste la domanda di Giustizia. S. E.J.B. è — anche agli effetti della legge italiana — figlia biologica di J.E.A., J.E.A. — agli effetti della legge americana — è coniuge di E.M. B., E.M.B. — agli effetti della legge americana — è madre adottiva di S.J.B. (11 anni compiuti). Il legame genitoriale tra la B. e S. trae linfa da un provvedimento di adozione formatosi all'estero, in uno Stato in cui è consentito al coniuge di una famiglia omogenitoriale, di adottare il figlio del partner (possibilità, in tempi recenti, ammessa con riguardo all'art. 44 comma I, lett. d, da Trib. Minorenni Roma, sentenza 30 giugno 2014 n. 299, est. C. Cavallo). S. è nata dalla J. — in data 4 ottobre 2003 — a seguito di inseminazione artificiale allorché la J. stessa già conviveva con la B., la minore è, cioè, nata nell'ambito di uno specifico progetto di genitorialità delle due madri (biologica e adottiva). Subito dopo la nascita, la B. ha presentato domanda di adozione di S. il Tribunale adito (Trib. Oregon) ha accertato l'idoneità della richiedente a svolgere il ruolo di madre e l'idoneità del nucleo familiare ad ospitare la bambina; ha, quindi, statuito l'adozione con sentenza di adozione n. 0310-71486 del 22 gennaio 2004. Stesse circostanze si sono registrate per il figlio della B. (A.R.B., nato da inseminazione artificiale a giugno del 2004 e adottato dalla J.). Il procedimento adottivo si è svolto con piene connotazioni giurisdizionali, dinanzi ad Autorità giudiziaria, secondo norme deputate a garantire il primario interesse del minore (v. sentenza straniera in atti). In data 6 giugno 2013, nello stato di Washington, la B. e la J.; hanno contratto matrimonio ad ogni effetto della legge americana. Il 27 marzo 2013, il Consolato Generale d'Italia con sede a San Francisco ha attestato che la B., cittadina statunitense, è anche cittadina italiana per discendenza. L'intero nucleo familiare ha, oggi, residenza in Bologna. La moglie della ricorrente gode di permesso di soggiorno europeo, rilasciato dalla Questura di Bologna nel 2013, per motivi familiari.

Con il ricorso introduttivo del procedimento, la B. non ha presentato domanda finalizzata ad ottenere l'adozione della figlia biologica del proprio coniuge (poiché l'adozione è già intervenuta in America) ma ha richiesto — anche in nome della figlia adottata — il riconoscimento — in Italia — del provvedimento statunitense di adozione della minore S.E.J.B. Al momento del ricorso, è dimostrato che la ricorrente e sua moglie hanno convissuto nello Stato in cui è stata pronunciata l'adozione, da ben oltre due anni, con effettiva residenza anagrafica, prima del trasferimento in Italia. A fini del controllo giudiziale riservato a questo Tribunale, sussistono tutti i presupposti (in astratto) per il riconoscimento della sentenza: l'adozione, però, è germinata da una famiglia omogenitoriale.

## In diritto

I provvedimenti di adozione formati in America sono riconoscibili in Italia ai sensi dell'art. 41 della legge 31 maggio 1995 n. 218 e, pertanto: 1) si applicano gli articoli 64, 65 e 66 della medesima legge; 2) restano, però, ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori (*in primis*, artt. 35, 36 legge n. 184/1983). Quanto al primo aspetto, nel caso di specie sono soddisfatte tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale in genere, tenuto conto del procedimento giurisdizionale perfezionatosi in America, secondo legalità e sulla base della competenza dell'Autorità adita (v. rilievi già svolti al riguardo). Tuttavia, la riconoscibilità del provvedimento straniero che, come nel caso di specie, dia luogo alla nascita di rapporti di famiglia richiede che questo non sia nella sostanza «contrario all'ordine pubblico interno». Quanto al secondo aspetto — che si lega all'ultimo rilievo svolto — l'adozione perfezionatasi all'estero (con specifico riguardo al caso di specie: Stato dell'Oregon, USA) può essere dichiarata efficace in Italia a condizione che risponda ai requisiti previsti dalla normativa interna (artt. 35, 36 comma IV legge n. 184/1983), su intervento dell'Autorità giudiziaria. Si pone, allora, il problema di verificare se l'adozione da parte di genitore omosessuale possa ritenersi soddisfattivo delle richieste della legge interna, in conformità all'ordine pubblico. Giova premettere che, certamente, il minore può essere adottato dal coniuge del genitore (art. 44 lett. b). Tuttavia, sulla scorta della lettura (in combinato disposto) degli artt. 41 legge n. 218/95 e 44 legge n. 184/83 — da ritenersi prevalente e maggioritaria, di fatto corrispondente a «diritto vivente» — si esclude che un minore possa essere adottato da persona che sia coniuge del genitore nell'ambito di un matrimonio *same-sex* contratto all'estero. Si afferma che «l'adozione in casi particolari prevista dalla lett. b) dell'art. 44 l. adoz. non è certamente applicabile agli omosessuali per difetto del requisito del rapporto di coniugio tra genitore naturale e adottante» («naturale», leggasi: biologico). Si richiama il criterio della *imitatio naturae*. In altri termini, per semplificare nel caso di specie, la donna non potrebbe adottare la figlia di sua moglie. Queste conclusioni traggono linfa dalla necessaria diversità dei sessi che costituirebbe il presupposto implicito — e inderogabile — della disciplina adottiva; principio così cogente da dovere essere collocato nell'ambito di quelli che si connotano per partecipazione all'area semantica dell'Ordine pubblico interno. Ritenendo questa regola da collocare nell'ambito di quelle irremovibili, ne consegue che l'atto di cui si richiede il riconoscimento non può produrre effetti in Italia: poiché in America ha adottato una persona che coniuge non può ritenersi ai fini della legge italiana e poiché comunque si tratta di adozione fuori dall'ambito di una famiglia matrimoniale. Come è emerso, il problema giuridico che si pone, quindi, riguarda gli *status* familiari costituiti all'estero. Con specifico riferimento al caso di specie, come ha scritto di recente la dottrina proprio sul tema, «l'unico ostacolo all'accesso all'adozione è, di fatto, lo sbarramento all'istituto matrimoniale che i gay e le lesbiche ancora subiscono».

Questa lettura, così sinteticamente illustrata, costituisce come noto l'approdo di un «diritto vivente», formatosi in calce alla lettura degli artt. 35 e 36 l. ad. Secondo l'indirizzo costante della Suprema Corte (v. Cass. Civ., sez. I, 14 febbraio 2011 n. 3572), «in tema di adozione, la disposizione di cui all'art. 36, quarto comma, della legge 4 maggio 1993, n. 184 (nel testo sostituito ad opera dell'art. 3 della legge 31 dicembre 1998, n. 476) — secondo cui l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di aver soggiornato continuativamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni — non ha introdotto alcuna deroga al principio generale enunciato nell'art. 35, terzo comma, della legge n. 184 del 1983 citata, secondo il quale la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'adozione di un minore pronunciata all'estero non può avere mai luogo ove «contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori». Tra questi principi v'è quello secondo cui l'adozione è consentita solo «a coniugi uniti in matrimonio», ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983».

Questo orientamento oggi desta perplessità, se applicato allo specifico caso di specie: genitori con ventennale convivenza, confluita in matrimonio regolarmente celebrato all'estero, in cui il coniuge del genitore ha adottato il figlio di quest'ultimo.

Il matrimonio celebrato all'estero tra persone di sesso uguale non è più considerabile come contrario all'ordine pubblico: la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire naturalistico della stessa esistenza del matrimonio non è più condivisibile, alla luce del mutato quadro sociale ed europeo. Il matrimonio *same-sex*, infatti, non è inesistente ma improduttivo di effetti giuridici in Italia per l'assenza di una specifica legge (Cass. Civ., sez. I, sentenza 15 marzo 2012 n. 4184, Pres. Luccioli, rel. Di Palma). Ciò discende dal fatto che la coppia formata da persone dello stesso sesso è, comunque, da considerare come «famiglia» (CEDU, *Schalk & Kopf c. Austria*; più di recente, v. Corte EDU 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, c. 19010/07) e rientra nell'ambito delle formazioni sociali presidiate dall'art. 2 della Carta costituzionale (Corte Cost., 11 giugno 2014 n. 170). A ben vedere, si «sgretola» allora uno dei principali motivi che ostava al riconoscimento, in Italia, di un legame familiare tra un minore e due genitori omosessuali: che il rapporto tra i medesimi urtasse contro

l'ordine pubblico interno. Così più non è e certo non potrà più essere. Il matrimonio *same-sex* è semplicemente inefficace in Italia ma non inesistente.

Ciò detto, la disciplina in considerazione, in materia di riconoscimento dell'adozione perfezionata all'estero, e limitatamente a tale profilo (il solo qui rilevante), sembra allora presentare almeno due profili di censura, sotto la lente dei principi costituzionali: *in primis*, nella parte in cui, per la sola omosessualità dei genitori, ostacola in modo assoluto alla famiglia formatasi all'estero, di continuare ad essere «famiglia» anche in Italia (impedendo che la decisione straniera produca effetti in Italia). È noto che la Corte delle Leggi ha avuto modo di affermare che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali»: ciò tuttavia non toglie che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina (Corte cost., 15 aprile 2010 n. 138). Ebbene, pare innegabile che la condizione dei coniugi di stesso sesso, i quali — dopo la formazione di una famiglia «in modo legale» all'estero — intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo il trasferimento in Italia, sia riconducibile a quella categoria di situazioni «specifiche» e «particolari» di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento della Corte costituzionale per il profilo di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore. La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e della famiglia) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia omogenitoriale a che l'unione dei membri della famiglia non sia cancellata in modo completo e irreversibile con il sacrificio integrale della dimensione giuridica preesistente (nel caso di specie, ventennale). La normativa risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statutale disgregando in modo incondizionato ciò che la famiglia ha costruito in oltre vent'anni di unione. In questa misura di reazione legislativa, a parere del Tribunale si registra un *vulnus* al precetto dell'art. 2 Cost. e dell'art. 3 Cost. È opportuno precisare che qui non viene in considerazione il differente caso della trascrizione del matrimonio omosessuale in Italia: lo sguardo dell'interprete, in questa ipotesi, non è rivolto al rapporto di coniugio e all'interesse dei *partners*, ma è diretto esclusivamente al rapporto genitoriale e all'interesse preminente del minore. Nemmeno viene in rilievo la creazione *ab interno* di un legame familiare tra un minore e una coppia omogenitoriale: si tratta di valutare se, a determinate condizioni, possa essere valutata come riconoscibile quella che *ab externo* si è già formata, per il limitato caso in cui uno dei genitori sia già, senza alcun dubbio, genitore del minore (il coniuge dell'adottante).

E qui il secondo profilo di censura. Il veto assoluto di riconoscibilità della decisione straniera cancella in modo netto e irrazionale la possibilità, per il giudice italiano, di condurre un vaglio giudiziale sull'effettivo *best interest* del minore, vanificando principi di matrice internazionale ed europea. 1) La Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, dispone nell'art. 3, primo comma, che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»; 2) la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti un minore, detta le modalità cui l'autorità giudiziaria deve conformarsi «prima di giungere a qualunque decisione», stabilendo (tra l'altro) che l'autorità stessa deve acquisire «informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore»; 3) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, nell'art. 24, comma secondo, prescrive che «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente»; e il comma terzo del medesimo articolo aggiunge che «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

Come si vede, nell'ordinamento internazionale è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente. Sono, dunque, da escludere quegli automatismi che elidono la responsabilità genitoriale senza consentire al giudice di verificare in che modo debba essere presidiato l'interesse del fanciullo (sul punto, ad es., cfr. Corte costituzionale, 23 febbraio 2012 n. 31). Ne consegue che, diversamente ragionando, si perviene ad un risultato contrario al principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e al diritto fondamentale del fanciullo a una famiglia (artt. 2, 30, 31 Cost.). Peraltro, l'impossibilità di riconoscere il provvedimento adottivo, formato all'estero, in favore di famiglia omogenitoriale, si palesa in contrasto con gli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (per un caso, diverso ma che enuncia principi generali validi anche in questa ipotesi: v. Corte EDU 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, n. 19010/07). Per completezza, pare che il parametro (interposto) — di cui all'art. 8 CEDU — possa ritenersi vulnerato anche sulla scorta del contenuto precettivo, come indicato dalla sentenza della Corte EDU, nel caso *Wagner c/ Lussemburgo*, del 28 settembre 2007 (n. 67240/01). Nel caso di specie, i giudici del Lussemburgo avevano respinto l'*exe-*



*quatur* di una sentenza peruviana che aveva pronunciato l'adozione di una minore in favore di genitrice non coniugata. La Corte Edu ha accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione e ricordato che il rifiuto di concedere l'*exequatur* della sentenza straniera di adozione piena rappresenta «un'interferenza con il diritto al rispetto della vita familiare (...) e tale ingerenza, per non costituire una violazione dell'art. 8 Cedu deve essere prevista dalla legge, perseguire uno o più scopi legittimi tra quelli previsti dal secondo comma dell'art. 8 ed essere necessaria in una società democratica per il raggiungimento degli stessi». La sentenza della Corte di Strasburgo in commento indica dunque una soluzione precisa e lo fa con chiarezza. Si differenziano innanzitutto i casi in cui si discute di autorizzazione all'adozione da quelli in cui si chiede il riconoscimento di una sentenza di adozione già esecutiva in un altro Stato. In questi ultimi casi secondo i giudici europei, quando si sia già formata di fatto una famiglia, è inammissibile un rigetto della richiesta di *exequatur* che contrasti con l'interesse del minore nel caso concreto.

Per tutti i profili sin qui esposti, il Tribunale per i Minorenni di Bologna giudica necessario sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 36 legge n. 184/1983 nella parte in cui — come interpretati secondo Diritto vivente — non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato, il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio del caso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso). Al riguardo,

Osserva

quanto segue

1. In punto di rilevanza, la questione è da considerarsi senz'altro rilevante. In assenza della pronuncia di incostituzionalità, al Tribunale adito verrebbe precluso non già la possibilità ma il dovere di valutare, in concreto e in applicazione dei principi generali che informano tutta la legge sulle adozioni, la sussistenza del superiore interesse della minore a ottenere il riconoscimento, anche nell'ordinamento italiano, di un vincolo di filiazione già regolarmente costituito per un ordinamento giuridico straniero. Inoltre, in assenza di una pronuncia della illustre Corte adita, il ricorso dovrebbe essere rigettato perché attualmente le norme impugnate precludono al Tribunale di riconoscere la decisione adottiva straniera, pronunciata in favore di persona unita dal genitore biologico del minore adottato, da matrimonio *same-sex*.

2. In punto di ammissibilità della questione, una interpretazione adeguatrice risulta infruttuosa. È noto a questo Tribunale che tra i diversi significati giuridici astrattamente possibili il Giudice deve selezionare quello che sia conforme alla Costituzione; il sospetto di illegittimità costituzionale, infatti, è legittimo solo allorquando nessuno dei significati, che è possibile estrapolare dalla disposizione normativa, si sottragga alle censure di incostituzionalità (Corte cost., 12 marzo 1999, n. 65 in Cons. Stato, 1999, II, 366). Tuttavia, nel caso di specie, una lettura differente da quella consolidata nel tempo è impossibile, poiché le norme di cui si discute sono state ripetutamente oggetto di interventi della Suprema Corte che ne ha, per tal modo, consolidato l'univoco significato nel tempo.

3. Nel merito le disposizioni impugnate sono sospettate di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117 della Carta costituzionale, per tutti i motivi sopra esposti; quanto all'art. 117 cit., sub specie di violazione dell'art. 8 Cedu come norma interposta, in particolare perché il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza aver previamente potuto valutare in concreto la sussistenza del superiore interesse del minore, è una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa Cedu.

4. Norme violate e *petitum*. Per quanto sin qui osservato, si sospetta la illegittimità costituzionale degli artt. 35, 36 della legge n. 184/1983 nella parte in cui — come interpretati secondo Diritto vivente — non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso).

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, il Tribunale per i Minorenni di Bologna

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 Cost., 23 legge 11 marzo 1953 n. 87.

Ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 36 della legge n. 184/1983 nella parte in cui — come interpretati secondo diritto vivente — non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'e-



stero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso).

Sospende il giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, unitamente alla prova delle comunicazioni e notificazioni previste a seguire.

Ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza venga notificata alle parti del processo, al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Bologna, 6 novembre 2014.

Il Presidente est: Spadaro

## Corte europea dei diritti umani, dodicesima sezione, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, decisione del 27 gennaio 2015

GESTAZIONE PER ALTRI (SURROGAZIONE DI MATERNITÀ) – ASSENZA DI QUALSIASI RAPPORTO BIOLOGICO FRA I DUE GENITORI ED IL BAMBINO – DICHIARAZIONE DELLO STATO DI ABBANDONO E DI ADOTTABILITÀ – ADOZIONE DEL BAMBINO DA PARTE DI TERZI – ILLEGITIMITÀ – SUSSISTENZA DI RELAZIONE FAMILIARE *DE FACTO* TRA I DUE GENITORI INTENZIONALI ED IL BAMBINO – VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE IN MATERIA DI PROTEZIONE DELLA «VITA PRIVATA» E DELLA «VITA FAMILIARE»

Nell'ipotesi di un bambino avuto all'estero da una coppia di coniugi mediante Gestazione per altri (GPA), nei confronti del quale l'Autorità giudiziaria nazionale (italiana), verificata l'assenza di qualsiasi rapporto biologico fra i due genitori ed il bambino, ne abbia dichiarato lo stato di abbandono e l'adottabilità, dando il bambino in adozione a terzi, è violata la relazione familiare *de facto* instaurata (nella specie per otto mesi) tra i due genitori intenzionali ed il bambino, protetta dall'articolo 8 della Convenzione in materia di protezione della «vita privata» e della «vita familiare»; per conseguenza l'Italia deve essere condannata a risarcire il danno patito, senza che ciò implichi la necessità di riaffidare il bambino ai due genitori, in quanto si deve rispettare il superiore interesse di quest'ultimo a restare oramai presso la coppia che l'ha successivamente adottato da diversi anni.

### Riferimenti normativi

- art. 8. Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

En l'affaire Paradiso et Campanelli c. Italie,  
La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section),  
siégeant en une chambre composée de:

Işıl Karakaş, *présidente*,  
Guido Raimondi, András Sajó, Nebojša Vučinić, Helen Keller, Egidijus Kūris, Robert Spano, *juges*,  
et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 9 décembre 2014,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

### PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25358/12) dirigée contre la République italienne et dont deux ressortissants de cet État, Mme Donatina Paradiso et M. Giovanni Campanelli (« les requérants »), ont saisi la Cour le 27 avril 2012 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Les requérants ont introduit la requête également au nom de l'enfant qui, d'après le certificat de naissance délivré par les autorités russes le 1<sup>er</sup> mars 2011, serait leur fils, né le 27 février 2011, et s'appellerait T. Campanelli.

2. Les requérants ont été représentés par M<sup>e</sup> K. Svitnev, avocat à Moscou, travaillant pour la société Rosjurconsulting. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, Mme E. Spatafora.

3. Les requérants allèguent en particulier que le refus de transcrire le certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil italien et l'éloignement du mineur sont incompatibles avec l'article 8 de la Convention.

4. Le 9 mai 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement. Le gouvernement défendeur et les requérants ont déposé leurs observations. Le 20 février 2014, une question complémentaire a été posée aux parties sur le point de savoir s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso du 13 avril 2013 ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et pour contester la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 5 juin 2013, ayant déclaré que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir. Le Gouvernement a été invité à déposer la jurisprudence pertinente relative à l'efficacité des remèdes dont il pourrait alléguer l'existence.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1967 et 1955 et résident à Colletorto.

6. Les requérants sont un couple marié. Dans le formulaire de requête, ils ont exposé qu'après avoir vainement fait des tentatives de fécondation *in vitro*, ils décidèrent de recourir à la gestation pour autrui pour devenir parents. Ils contactèrent à cette fin une clinique basée à Moscou, spécialisée dans les techniques de reproduction assistée. Ils conclurent une convention de gestation pour autrui avec la société Rosjurconsulting. Après une fécondation *in vitro* réussie le 19 mai 2010, deux embryons « leur appartenant » furent implantés dans l'utérus d'une mère porteuse le 19 juin 2010. Il n'y avait pas de lien génétique entre cette dernière et les embryons.

7. Le bébé naquit le 27 février 2011. La mère porteuse donna son consentement écrit pour que l'enfant soit enregistré comme fils des requérants. Sa déclaration écrite datée du même jour, lue à haute voix à l'hôpital en présence de son médecin, du médecin chef et du chef de division (de l'hôpital) se lit ainsi (traduction française de la version originale russe):

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...) »

Cette déclaration, dans sa traduction italienne annexée à l'original, se lit ainsi (version française):

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents génétiques de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...) »

8. Le 10 mars 2011, conformément au droit russe, les requérants furent enregistrés comme parents du nouveau-né. Le certificat de naissance russe, ne mentionnant pas la gestation pour autrui, fut apostillé selon les dispositions de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (*infra* « la Convention de la Haye ») supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

9. Le 29 avril 2011, la requérante se rendit au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant au nouveau-né de partir en Italie avec elle. La requérante répondit à des questions et déposa le dossier relatif à la naissance de l'enfant. Le Consulat d'Italie délivra les documents permettant à ce dernier de partir en Italie avec la requérante.

10. Le 30 avril 2011, la requérante et l'enfant arrivèrent en Italie. Quelques jours plus tard, le requérant demanda à la municipalité de Colletorto l'enregistrement du certificat de naissance.

11. Par une note du 2 mai 2011 — qui n'est pas versée au dossier — le Consulat d'Italie à Moscou communiqua au tribunal des mineurs de Campobasso, au ministère des Affaires étrangères, à la préfecture et à la ville de Colletorto, que le dossier relatif à la naissance de l'enfant contenait des données fausses.

12. Le 5 mai 2011, les requérants furent mis en examen pour « altération d'état civil » au sens de l'article 567 du code pénal, pour faux au sens des articles 489 et 479 du code pénal ; en outre, pour infraction à l'article 72 de la loi sur l'adoption (loi n° 183/1984), car ils avaient amené l'enfant sans respecter la loi et avaient contourné les limites posées dans l'agrément à l'adoption obtenu le 7 décembre 2006, qui excluait qu'ils puissent adopter un enfant en si bas âge.

13. Le 5 mai 2011, le ministère public près le tribunal pour mineurs de Campobasso demanda l'ouverture d'une procédure d'adoptabilité, car l'enfant devait être considéré comme étant dans un état d'abandon au sens de la loi. Le même jour, le tribunal pour mineurs nomma un curateur spécial au sens de l'article 8 de la loi n° 184/1983 et ouvrit une procédure d'adoptabilité. Le 16 mai 2011, le procureur de la République sollicita la mise sous curatelle de l'enfant au sens des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le tribunal nomma un curateur. Il ressort du dossier que les requérants s'opposaient aux mesures concernant l'enfant et avaient demandé à pouvoir adopter le mineur.

14. Le 25 mai 2011, la requérante, assistée par son avocat de confiance, fut interrogée par les carabinieri de Larino. L'intéressée déclara qu'elle s'était rendue en Russie seule, en septembre 2008, avec le liquide séminal de son mari précédemment recueilli. Elle avait souscrit un contrat avec la société Rosjurconsulting, qui s'était engagée à trouver une mère porteuse disposée à accueillir dans son utérus le matériel génétique de la requérante et de son époux, par le biais de la clinique Vitanova de Moscou. Cette pratique était parfaitement légale en Russie et permettait d'obtenir un certificat de naissance indiquant les identités des requérants comme parents. En juin/juillet 2010, la requérante avait été contactée par la société russe au motif qu'une mère porteuse avait été trouvée, et avait donné son accord pour l'intervention. Le 10 mars 2011, la requérante s'était rendue à Moscou. En avril 2011, munie d'un certificat de naissance délivré le 10 mars 2011 par les autorités russes, elle s'était rendue au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant à l'enfant de sortir de Russie et de se rendre en Italie. Le certificat de naissance indiquait les noms des requérants et leur qualité de parents.

15. Le 27 juin 2011, les requérants furent entendus par le tribunal pour mineurs. La requérante déclara qu'après huit tentatives infructueuses de fécondation *in vitro*, et qui avaient mis en danger sa santé, elle avait recouru à la clinique russe car, dans ce pays-là, il était possible d'utiliser les ovules d'une donatrice, qui étaient ensuite implantés dans le ventre de la mère porteuse.

16. Par ailleurs, le curateur de l'enfant demanda au tribunal de suspendre l'autorité parentale des requérants, au sens de l'article 10 § 3 de la loi n° 184/1983.

17. Le 7 juillet 2011, le tribunal ordonna de procéder à un test ADN pour établir si le requérant était le père biologique de l'enfant.

18. Le 11 juillet 2011, le ministre de l'intérieur demanda au bureau de l'état civil de refuser l'enregistrement de l'acte de naissance.

19. Le 1<sup>er</sup> août 2011, le requérant et l'enfant se soumièrent au test ADN. Le résultat de ce test montra qu'il n'y avait pas de lien génétique entre eux.

20. Le 4 août 2011, le bureau de l'état civil refusa l'enregistrement du certificat de naissance. Les requérants introduisirent un recours contre ce refus devant le tribunal de Larino. Le ministère public demanda à ce tribunal de donner une nouvelle identité à l'enfant et de délivrer un nouveau certificat de naissance.

21. Le tribunal de Larino s'étant déclaré incompétent le 29 septembre 2011, la procédure reprit devant la cour d'appel de Campobasso. Les requérants insistaient pour la transcription du certificat de naissance russe.

22. Le 20 octobre 2011, sur la base de l'expertise génétique et des conclusions des parties, y compris celles du curateur de l'enfant, le tribunal pour mineurs décida d'éloigner l'enfant des requérants. Cette décision était immédiatement exécutoire. À la base de sa décision, le tribunal prit en compte les éléments suivants : la requérante avait déclaré ne pas être la mère génétique ; les ovules provenaient d'une femme inconnue ; le test ADN effectué sur le requérant et sur l'enfant avait démontré qu'il n'y avait aucun lien génétique entre eux ; les requérants avaient payé une importante somme d'argent (49 000 euros (EUR)) ; contrairement à ses dires, rien ne prouvait que le matériel génétique du requérant ait été réellement transporté en Russie. La seule chose qui était sûre dans cette histoire était l'identité de la mère porteuse, qui n'était pas la mère biologique et qui avait renoncé à l'enfant mis au monde. Les parents biologiques demeuraient inconnus. Ceci étant, on n'était pas dans un cas de maternité subrogée, car l'enfant n'avait aucun lien génétique avec les requérants. Ces derniers versaient dans l'illégalité : ils avaient amené un enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils. Ce faisant, ils avaient en premier lieu violé les dispositions sur l'adoption internationale (loi n° 184 du 4 mai 1983), qui en son article 72 prévoyait une infraction pénale, dont l'évaluation n'incombait toutefois pas au tribunal pour mineurs. En deuxième lieu, l'accord conclu par les requérants avec la société Rosjurconsulting était contraire à la loi sur la procréation médicalement assistée (loi n° 40 du 19 février 2004) qui interdisait en son article 4 la fécondation assistée hétérologue. Un terme devait être mis à cette situation illégale et la seule façon était d'éloigner l'enfant des requérants. Certes, l'enfant subirait un préjudice du fait de la séparation,



mais, vu la courte période passée avec les requérants et son bas âge, l'enfant surmonterait tout ça. Les recherches pour trouver un couple d'adoptants seraient entamées immédiatement. En outre, vu que les requérants avaient préféré court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément qu'ils avaient obtenu, on pouvait penser que l'enfant résultait d'un désir narcissique du couple ou bien qu'il était destiné à résoudre des problèmes de couple. En conséquence le tribunal doutait de leur réelle capacité affective et éducative. L'enfant n'ayant ni une famille biologique ni sa mère porteuse, car elle avait renoncé à lui, le tribunal estima que la loi italienne sur l'adoption s'appliquait au cas d'espèce (au sens de l'article 37bis de la loi n° 184/1983), confia l'enfant aux services sociaux et nomma un tuteur pour sa défense.

23. L'enfant fut placé dans une maison d'accueil (*casa famiglia*) dans un endroit inconnu des requérants. Les contacts entre les requérants et l'enfant furent interdits.

24. Les requérants déposèrent un recours (*reclamo*) devant la cour d'appel de Campobasso. Ils arguaient, entre autres, que les juridictions italiennes ne pouvaient pas remettre en cause le certificat de naissance. Ils demandaient, par ailleurs, de ne pas adopter des mesures concernant l'enfant tant que la procédure pénale ouverte contre eux et la procédure engagée pour contester le refus de transcrire le certificat de naissance étaient pendantes.

25. Par une décision du 28 février 2012, la cour d'appel de Campobasso rejeta le recours. Il ressort en particulier de cette décision que l'article 33 de la loi n° 218/95 (loi sur le droit privé international) n'empêchait pas l'autorité judiciaire italienne de ne pas donner suite aux indications certifiées provenant d'un État étranger. Il n'y avait aucune incompétence, car l'article 37bis de la loi sur l'adoption internationale (loi n° 184/1983) prévoyait l'application de la loi italienne si le mineur étranger était en état d'abandon et tel était le cas en l'espèce. Il était par ailleurs inutile d'attendre l'issue de la procédure pénale car la responsabilité pénale des requérants ne jouait aucun rôle. Il était au contraire nécessaire d'adopter une mesure urgente à l'égard de l'enfant pour mettre fin à la situation d'illégalité dans laquelle les intéressés versaient. Contre cette décision il n'était pas possible de former un recours en cassation.

26. Il ressort d'une note datée du 22 mai 2012, adressée par le tribunal pour mineurs au ministère de la Justice, que l'enfant n'avait pas encore été déclaré comme étant adoptable car la procédure portant sur la transcription du certificat de naissance de l'enfant était pendante devant la cour d'appel de Campobasso.

27. Entre-temps, le 30 octobre 2011, le procureur de la République près le tribunal de Larino avait ordonné la saisie conservatoire du certificat de naissance russe, au motif qu'il s'agissait d'une preuve essentielle. Il ressortait en effet du dossier que les requérants non seulement avaient vraisemblablement commis les faits reprochés, mais avaient tenté de les dissimuler. Ils avaient, entre autres, déclaré être les parents biologiques, et avaient corrigé leurs versions des faits au fur et à mesure qu'ils étaient démentis.

28. Les requérants attaquèrent la décision de saisie conservatoire.

29. Par une décision du 20 novembre 2012, le tribunal de Campobasso rejeta le recours des requérants. Il ressort de cette décision qu'il y avait de graves soupçons quant à la commission des infractions reprochées. En particulier, la requérante avait fait circuler la rumeur de sa grossesse ; elle s'était présentée au Consulat en laissant sous-entendre qu'elle était la mère naturelle ; ensuite, elle avait admis que l'enfant avait été mis au monde par une mère subrogée ; aux carabinieri, elle avait déclaré le 25 mai 2011 que le requérant était le père biologique alors que les tests ADN l'avaient démenti et donc elle avait fait de fausses déclarations ; elle avait été très vague quant à l'identité de la mère génétique ; les documents relatifs à la maternité subrogée disaient que les deux requérants avaient été vus par les médecins russes ce qui ne concordait pas avec le fait que le requérant n'avait pas été en Russie ; les documents concernant l'accouchement n'avaient pas une date avérée. La seule chose certaine était que l'enfant était né et qu'il avait été remis à la requérante contre le paiement de presque 50 000 EUR. L'hypothèse selon laquelle les requérants avaient eu une conduite illégale afin d'obtenir la transcription de la naissance et de contourner les lois italiennes paraissait donc fondée.

30. En novembre 2012, la décision concernant la saisie conservatoire fut transmise par le ministère public au tribunal pour mineurs, car elle avait les implications suivantes. Le chef d'accusation tiré de l'article 72 de la loi n° 184/1983 privait les requérants de la possibilité d'accueillir l'enfant en placement (*affido*) et d'adopter celui-ci ou d'autres mineurs. Il n'y avait donc pas d'autres solutions que de continuer la procédure d'adoption pour l'enfant. Le placement provisoire auprès d'une famille avait été demandé en vertu des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le ministère public réitéra sa demande et souligna que l'enfant avait été éloigné plus d'un an auparavant et qu'il vivait depuis en maison d'accueil (*casa famiglia*), où il avait établi des relations significatives avec des personnes appelées à s'occuper de lui. L'enfant n'avait donc pas encore trouvé un environnement familial pouvant remplacer celui qui avait été illégalement offert par ceux qui l'avaient emmené en Italie. Cet enfant semblait destiné à une nouvelle séparation beaucoup plus douloureuse de celle de la mère qui l'avait mis au monde et puis de celle qui prétendait être sa mère.

31. Il ressort du dossier que le 26 janvier 2013, l'enfant fut placé auprès d'une famille d'accueil.

32. En mars 2013, à la demande du tuteur, une expertise visant à déterminer l'âge du mineur fut effectuée. Celle-ci établit que l'enfant était vraisemblablement âgé de 30 mois, et que trois mois d'écart en plus ou en moins étaient possibles.

33. Par ailleurs, début avril 2013, le tuteur demanda au tribunal pour mineurs d'attribuer une identité conventionnelle à l'enfant, afin que celui-ci puisse être inscrit sans difficulté à l'école. Il communiquait que l'enfant avait été placé dans une famille le 26 janvier 2013, mais qu'il était sans identité. Cette « inexistence » avait un fort impact sur les questions administratives : sous quelle identité inscrire l'enfant à l'école, dans son carnet de vaccinations, à son domicile. Il est vrai que cette situation répondait au but de ne pas permettre à la famille d'origine, c'est-à-dire aux requérants, de comprendre où était l'enfant afin de mieux le protéger. Toutefois, une identité temporaire conventionnelle aurait permis de maintenir le secret sur l'identité réelle de l'enfant et, en même temps, aurait permis à ce dernier d'accéder aux services publics alors qu'il lui était loisible seulement d'utiliser les services médicaux d'urgence.

34. Par une décision immédiatement exécutoire du 3 avril 2013, la cour d'appel de Campobasso se prononça au sujet du certificat de naissance, duquel il était question d'ordonner ou pas la transcription (au sens de l'article 95 du décret du Président de la République (« DPR ») n° 396/00). Elle rejeta l'exception soulevée par le tuteur selon laquelle les requérants n'avaient pas la qualité pour agir devant la cour ; elle reconnut en effet aux requérants la capacité d'ester en justice dans la mesure où ils résultaient être les « parents » dans l'acte de naissance qu'ils souhaitaient transcrire. Toutefois, il était évident que les requérants n'étaient pas les parents biologiques. Il n'y avait donc pas eu de gestation pour autrui, alors que les requérants dans leur mémoire avaient parlé de fécondation assistée hétérologue ; les parties s'accordaient pour dire que la loi russe présupposait un lien biologique entre l'enfant et au moins un des parents potentiels pour pouvoir parler de maternité de substitution. L'acte de naissance était donc faux (*ideologicamente falso*). Ensuite, étant donné que rien ne montrait que l'enfant avait la citoyenneté russe, l'argument des requérants tiré de l'inapplicabilité de la loi italienne se heurtait à l'article 33 de la loi n° 218/95, selon lequel la filiation était déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. Il était en outre contraire à l'ordre public de transcrire le certificat litigieux car il était faux. Les requérants plaidaient leur bonne foi et alléguaient qu'ils n'arrivaient pas à s'expliquer pourquoi, à la clinique russe, le liquide séminal du requérant n'avait pas été utilisé ; toutefois ceci ne changeait rien à la situation et ne remédiait pas au fait que le requérant n'était pas le père biologique. En conclusion, il était légitime de refuser la transcription du certificat de naissance russe ainsi que d'accueillir la demande du ministère public d'établir un nouvel acte de naissance. Par conséquent la cour ordonna la délivrance d'un nouvel acte de naissance dans lequel il serait indiqué que l'enfant était fils de parents inconnus, né à Moscou le 27 février 2011, et un nouveau nom (déterminé au sens du DPR n° 396/00).

35. La procédure portant sur l'adoption de l'enfant reprit devant le tribunal pour mineurs. Les requérants confirmèrent leur opposition au placement de l'enfant auprès de tierces personnes. Le tuteur demanda de déclarer que les requérants n'avaient plus de *locus standi*. Le ministère public demanda au tribunal de ne pas se prononcer sur sa demande de déclarer l'enfant adoptable en utilisant le nom qu'il avait à l'origine, au motif qu'il avait entre-temps ouvert une deuxième procédure pour demander la déclaration d'adoptabilité pour l'enfant sous sa nouvelle identité d'enfant de parents inconnus. Le 5 juin 2013, compte tenu des éléments du dossier, le tribunal pour mineurs déclara que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir dans la procédure d'adoption qu'ils avaient entamée, étant donné qu'ils n'étaient ni les parents ni les membres de la famille de l'enfant, au sens de l'article 10 de la loi n° 184/1983. Le tribunal déclara qu'il réglerait la question de l'adoption de l'enfant dans le cadre de l'autre procédure d'adoption, à laquelle le ministère public s'était référé.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La loi sur le droit international privé

36. Aux termes de l'article 33 de la loi n° 218 de 1995 sur le droit international privé, la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance.

### B. La loi de simplification de l'état civil

37. Le décret du Président de la République du 3 novembre 2000, n° 396 (loi de simplification de l'état civil) prévoit que les déclarations de naissance relatives à des ressortissants italiens qui ont été faites à l'étranger doivent être transmises aux autorités consulaires (article 15). Les autorités consulaires transmettent copie des actes aux fins de la transcription à l'état civil de la commune où l'intéressé entend établir sa résidence (article 17). Les actes formés à l'étranger ne peuvent être transcrits s'ils sont contraires à l'ordre public (article 18). Pour qu'elles déploient leurs effets en Italie, les décisions (*provvedimenti*)

étrangères prononcées en matière de capacité des personnes ou d'existence de relations familiales (...) ne doivent pas être contraires à l'ordre public (article 65).

#### C. La loi sur la procréation médicalement assistée

38. La loi n° 40 du 19 février 2004 prévoyait en son article 4 l'interdiction de recourir à la procréation hétérologue. Le non-respect de cette disposition entraînait une sanction pécuniaire allant de 300 000 EUR à 600 000 EUR.

Par un arrêt du 9 avril 2014, la Cour constitutionnelle a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles.

#### D. Les dispositions pertinentes en matière d'adoption

39. Les dispositions relatives à la procédure d'adoption sont consignées dans la loi n° 184/1983.

Selon l'article 2, le mineur qui est resté temporairement sans un environnement familial adéquat peut être confié à une autre famille, si possible comprenant des enfants mineurs, ou à une personne seule, ou à une communauté de type familial, afin de lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction. Au cas où un placement familial adéquat ne serait pas possible, il est permis de placer le mineur dans un institut d'assistance public ou privé, de préférence dans la région de résidence du mineur.

L'article 5 prévoit que la famille ou la personne à laquelle le mineur est confié doivent lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction (...) compte tenu des indications du tuteur et en observant les prescriptions de l'autorité judiciaire. Dans tous les cas, la famille d'accueil exerce la responsabilité parentale en ce qui concerne les rapports avec l'école et le service sanitaire national. La famille d'accueil doit être entendue dans la procédure de placement et celle concernant la déclaration d'adoptabilité.

Par ailleurs, l'article 7 prévoit que l'adoption est possible au bénéfice des mineurs déclarés adoptables.

L'article 8 prévoit que « peuvent être déclarés en état d'adoptabilité par le tribunal pour enfants, même d'office, (...) les mineurs en situation d'abandon car dépourvus de toute assistance morale ou matérielle de la part des parents ou de la famille tenus d'y pourvoir, sauf si le manque d'assistance est dû à une cause de force majeure de caractère transitoire ». « La situation d'abandon subsiste », poursuit l'article 8, « (...) même si les mineurs se trouvent dans un institut d'assistance ou s'ils ont été placés auprès d'une famille ». Enfin, cette disposition prévoit que la cause de force majeure cesse si les parents ou d'autres membres de la famille du mineur tenus de s'en occuper refusent les mesures d'assistance publique et si ce refus est considéré par le juge comme injustifié. La situation d'abandon peut être signalée à l'autorité publique par tout particulier et peut être relevée d'office par le juge. D'autre part, tout fonctionnaire public, ainsi que la famille du mineur, qui ont connaissance de l'état d'abandon de ce dernier, sont obligés d'en faire la dénonciation. Par ailleurs, les instituts d'assistance doivent informer régulièrement l'autorité judiciaire de la situation des mineurs qu'ils accueillent (article 9).

L'article 10 prévoit ensuite que le tribunal peut ordonner, jusqu'au placement pré-adoptif du mineur dans la famille d'accueil, toute mesure temporaire dans l'intérêt du mineur, y compris, le cas échéant, la suspension de l'autorité parentale.

Les articles 11 à 14 prévoient une instruction visant à éclaircir la situation du mineur et à établir si ce dernier se trouve dans un état d'abandon. En particulier, l'article 11 dispose que lorsque, au cours de l'enquête, il ressort que l'enfant n'a de rapports avec aucun membre de sa famille jusqu'au quatrième degré, il peut déclarer l'état d'adoptabilité sauf s'il existe une demande d'adoption au sens de l'article 44.

À l'issue de la procédure prévue par ces derniers articles, si l'état d'abandon au sens de l'article 8 persiste, le tribunal des mineurs déclare le mineur adoptable si : a) les parents ou les autres membres de la famille ne se sont pas présentés au cours de la procédure ; b) leur audition a démontré la persistance du manque d'assistance morale et matérielle ainsi que l'incapacité des intéressés à y remédier ; c) les prescriptions imposées en application de l'article 12 n'ont pas été exécutées par la faute des parents (article 15). L'article 15 prévoit également que la déclaration d'état d'adoptabilité est prononcée par le tribunal des mineurs siégeant en chambre du conseil par décision motivée, après avoir entendu le ministère public, le représentant de l'institut auprès duquel le mineur a été placé ou de son éventuelle famille d'accueil, le tuteur et le mineur lui-même s'il est âgé de plus de douze ans ou, s'il est plus jeune, si son audition est nécessaire.

L'article 17 prévoit que l'opposition à la décision déclarant un mineur adoptable doit être déposée dans un délai de trente jours à partir de la date de la communication à la partie requérante.

L'article 19 prévoit que pendant l'état d'adoptabilité, l'exercice de l'autorité parentale est suspendu.

L'article 20 prévoit enfin que l'état d'adoptabilité cesse au moment où le mineur est adopté ou si ce dernier devient majeur. Par ailleurs, l'état d'adoptabilité peut être révoqué, d'office ou sur demande des parents ou du ministère public, si les conditions prévues par l'article 8 ont entre-temps disparu. Cepen-

dant, si le mineur a été placé dans une famille en vue de l'adoption (*affidamento preadottivo*) au sens des articles 22 à 24, l'état d'adoptabilité ne peut pas être révoqué.

L'article 44 prévoit certains cas d'adoption spéciale : l'adoption est possible au bénéfice des mineurs qui n'ont pas encore été déclarés adoptables. En particulier, l'article 44 d) prévoit l'adoption quand il est impossible de procéder à un placement en vue de l'adoption.

40. L'article 37bis de cette loi prévoit que la loi italienne s'applique aux mineurs étrangers qui sont en Italie pour ce qui est de l'adoption, du placement et des mesures urgentes.

Au sens de l'article 72 de la loi sur l'adoption internationale, celui qui introduit sur le territoire de l'État un mineur étranger en violation des dispositions prévues par ladite loi, afin de se procurer de l'argent ou d'autres bénéfices, et afin que le mineur soit confié définitivement à des citoyens italiens, commet une infraction pénale punie d'une peine d'emprisonnement de un à trois ans. Cette peine s'applique également à ceux qui, en échange d'argent ou d'autres bénéfices, accueillent des mineurs étrangers en « placement » de manière définitive. La condamnation pour cette infraction entraîne l'incapacité d'accueillir des enfants en placement (*affidi*) et l'incapacité de devenir tuteur.

#### E. Le recours en cassation aux termes de l'article 111 de la Constitution

41. Aux termes de l'article 111 alinéa 7 de la Constitution, il est toujours possible de se pourvoir en cassation pour alléguer la violation de la loi s'agissant de décisions judiciaires portant sur les restrictions à la liberté personnelle. La Cour de cassation a élargi le domaine d'application de ce remède aux procédures civiles lorsque la décision à contester a un impact substantiel sur des situations (*decisoria*) et elle ne peut pas être modifiée ou révoquée par le même juge qui l'a prononcée (*definitiva*).

Les décisions concernant des mesures urgentes à l'égard d'un mineur en état d'abandon prises par décision du tribunal pour mineurs sur la base de l'article 10 de la loi sur l'adoption (articles 330 et suivants du code civil, 742 du code de procédure civile) sont modifiables et révocables. Elles peuvent faire l'objet d'une réclamation devant la cour d'appel. S'agissant de décisions pouvant être modifiées et révoquées en tout temps, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en cassation (Cassation civile, Sec. I, arrêt du 18.10.2012, n° 17916)

### III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

#### A. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers

42. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers a été conclue le 5 octobre 1961. Elle s'applique aux actes publics — tels que définis à l'article 1 — qui ont été établis sur le territoire d'un État contractant et qui doivent être produits sur le territoire d'un autre État contractant.

##### Article 2

« Chacun des États contractants dispense de légalisation les actes auxquels s'applique la présente Convention et qui doivent être produits sur son territoire. La légalisation au sens de la présente Convention ne recouvre que la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur lequel le territoire duquel l'acte doit être produit atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. »

##### Article 3

« La seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille définie à l'article 4, délivrée par l'autorité compétente de l'État d'où émane le document. »

##### Article 5

« L'apostille est délivrée à la requête du signataire ou de tout porteur de l'acte. Dûment remplie, elle atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. La signature, le sceau ou timbre qui figurent sur l'apostille sont dispensés de toute attestation. »

Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé.

#### B. Les dispositions pertinentes de droit russe



43. La loi fondamentale sur la protection de la santé des citoyens prévoit à son article 55 la maternité subrogée parmi les techniques de reproduction assistée. Peuvent accéder à ce type de techniques les couples mariés et non mariés, ainsi que les célibataires. La maternité subrogée est le fait de porter et remettre un enfant sur la base d'un contrat conclu par la mère porteuse et les parents « potentiels ». La mère porteuse doit être âgée d'au moins 20 ans et au maximum de 35 ans, avoir déjà eu un enfant en bonne santé et avoir donné son consentement écrit à l'intervention. Cette dernière ne peut se faire que dans les cliniques autorisées. Le décret du ministère de la Santé n° 67 de 2003 règle les modalités et les conditions.

Si les dispositions pertinentes ont été respectées, le résultat de la maternité subrogée est qu'un couple marié est reconnu comme couple de parents d'un enfant né d'une mère porteuse. Cette dernière doit donner son consentement écrit pour que le couple soit reconnu comme parents (article 51 § 4 du code de la famille du 29 décembre 1995).

C. Les principes adoptés par le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe

44. Le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé:

« 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition :

- a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
- b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

## EN DROIT

### I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES AU NOM DE L'ENFANT

45. Les requérants se plaignent au nom de l'enfant de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et des mesures d'éloignement et placement adoptées par les juridictions italiennes. Ils allèguent la violation des articles 6, 8 et 14 de la Convention, de la Convention de la Haye ainsi que de la Convention sur la protection des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

46. Selon le Gouvernement, les requérants ne peuvent pas représenter l'enfant devant la Cour, au motif que celui-ci est déjà représenté au niveau national par un tuteur qui est intervenu dans la procédure devant les juridictions nationales. Nommé le 20 octobre 2011 par le tribunal pour mineurs de Campobasso et confirmé par la cour d'appel de Campobasso le 21 février 2012, le tuteur représente l'enfant et gère ses biens. En conclusion, la requête présentée au nom de l'enfant par les requérants, qui défendent leur propre intérêt et non celui de l'enfant, serait, pour cette partie, incompatible *ratione personae*.

47. Les requérants contestent la thèse du Gouvernement.

48. La Cour rappelle qu'il convient d'éviter une approche restrictive ou purement technique en ce qui concerne la représentation des enfants devant les organes de la Convention ; en particulier, il faut tenir compte des liens entre l'enfant concerné et ses « représentants », de l'objet et du but de la requête ainsi que de l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts (*Moretti et Benedetti c. Italie*, n° 16318/07, § 32, 27 avril 2010 ; voir aussi *S.D., D.P., et T. c. Royaume-Uni*, n° 23714/94, décision de la Commission du 20 mai 1996, non publiée).

49. En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en

adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire.

50. Dans ces circonstances, la Cour estime que les requérants n'ont pas qualité pour agir devant la Cour pour le compte de l'enfant (*Moretti et Benedetti*, précité, § 35). Cette partie de la requête doit donc être rejetée comme étant incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION PAR LES REQUÉRANTS EN LEUR NOM

51. Les requérants allèguent que le refus par les autorités italiennes d'enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et les décisions d'éloignement de l'enfant adoptées par les juridictions nationales ont méconnu la Convention de la Haye conclue le 5 octobre 1961 et ont porté atteinte à leur vie privée et familiale telle que garantie par l'article 8 de la Convention. Ils allèguent en outre la violation de l'article 6, au motif que la procédure portant sur l'éloignement du mineur n'a pas été équitable.

52. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

53. Selon une jurisprudence constante, les Parties contractantes sont responsables en vertu de l'article 1 de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de normes ou de mesures et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention. La Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 33 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations avec les parties, en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (voir, entre autres, *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, §§ 168-169, CEDH 2012). Ainsi, même si le droit d'obtenir la transcription d'un certificat de naissance étranger ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention, la Cour va examiner la requête sous l'angle de la Convention dans le contexte des autres traités internationaux pertinents.

54. Maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, la Cour estime approprié d'examiner cette partie de la requête uniquement sous l'angle de l'article 8 de la Convention, lequel exige que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte, comme il se doit, les intérêts protégés par cette disposition (*Moretti et Benedetti*, précité, § 49 ; *Havelka et autres c. République tchèque*, n° 23499/06, §§ 34-35, 21 juin 2007 ; *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 56, CEDH 2002-I ; *Wallová et Walla c. République tchèque*, n° 23848/04, § 47, 26 octobre 2006). L'article 8 de la Convention dispose ainsi dans ses parties pertinentes :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...).

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

### A. Sur la recevabilité

#### 1. Sur l'exception tirée de l'article 34 de la Convention

55. Le Gouvernement excipe que les requérants ne peuvent pas agir devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention, car l'enfant a été mis sous tutelle.

56. Les requérants s'opposent à cette thèse.

57. La Cour doit examiner la question de savoir si les requérants peuvent ester en justice et s'ils peuvent se prétendre victimes des violations alléguées au sens de l'article 34 de la Convention. Elle note à cet égard que les juridictions italiennes ont reconnu la qualité pour agir en justice des requérants, étant donné que ceux-ci étaient les parents de l'enfant d'après le certificat de naissance russe, et qu'au moins initialement, les intéressés avaient l'autorité parentale sur l'enfant. Il s'ensuit que les requérants peuvent soulever leurs griefs devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention. L'exception du Gouvernement doit dès lors être rejetée.

#### 2. Sur l'exception de non épuisement des voies de recours internes

58. Le Gouvernement a observé que les procédures nationales étaient pendantes. Il s'est référé en particulier à la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants et à la procédure se déroulant devant le tribunal pour mineurs de Campobasso. Invité par la suite (paragraphe 4 ci-dessus) à préciser s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et s'il existait un remède efficace pour contester la décision d'exclusion de la procédure du tribunal pour mineurs, le Gouvernement a répondu par l'affirmative. Toutefois, il n'a pas déposé de jurisprudence pertinente.

59. Les requérants s'opposent à la thèse du Gouvernement.

60. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tels qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996IV). Elle se doit de décider si les requérants ont satisfait à cette condition.

61. La Cour relève en premier lieu que la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants était pendante au moment de l'introduction de la requête. Toutefois, elle note, d'une part, que les juridictions civiles ont adopté leurs décisions sans attendre l'issue de cette procédure, d'autre part, que les griefs des requérants ne visent pas la procédure pénale en tant que telle. Par conséquent, un problème de non-épuisement des voies de recours internes ne se pose pas sur ce point et la Cour considère que l'exception du Gouvernement n'est pas pertinente et doit être rejetée.

62. S'agissant de la procédure intentée par les requérants dans le but d'obtenir la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la Cour note que les requérants n'ont pas formé un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant rejeté leur recours en date du 3 avril 2013. Le Gouvernement a affirmé l'existence et l'efficacité d'un tel pourvoi sans fournir de jurisprudence pertinente.

La Cour ne dispose donc pas de décisions rendues par la Cour de cassation dans des cas analogues, où l'enjeu serait également la reconnaissance d'un acte étranger contraire au droit national. Elle est toutefois convaincue que la situation dénoncée par les requérants aurait dû être soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, qui est l'instance nationale susceptible d'interpréter la loi. Il s'ensuit que, sur ce point, les requérants n'ont pas satisfait à la condition d'épuisement des voies de recours internes.

Le grief tiré de l'impossibilité d'obtenir la transcription du certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil doit dès lors être rejeté conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

63. S'agissant du grief tiré des mesures d'éloignement et mise sous tutelle de l'enfant, la Cour relève que la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 20 octobre 2011 a été attaquée devant la cour d'appel de Campobasso. Cette dernière a rejeté le recours des requérants et a confirmé les mesures le 28 février 2012. Étant donné le caractère non définitif de ce type de décisions, il n'était pas possible de se pourvoir en cassation (paragraphe 41 ci-dessus).

La Cour estime dès lors que les requérants ont épuisé les voies de recours internes sur ce point. Elle constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

64. Quant à la décision prononcée par le tribunal pour mineurs de Campobasso le 5 juin 2013, ayant décrété que les intéressés ne pouvaient pas poursuivre la procédure concernant l'enfant dénommé T. Campanelli car ils n'avaient plus la qualité pour agir, la Cour note que les requérants n'ont pas attaqué cette décision devant la cour d'appel et puis devant la Cour de cassation. Toutefois, au vu des circonstances de l'espèce, la Cour doute de l'efficacité de ces remèdes en l'espèce. En effet, la décision du tribunal pour mineurs en question a été prononcée environ vingt mois après le moment de l'éloignement de l'enfant. Ce dernier, considéré en état d'abandon à défaut de liens biologiques avec au moins un des requérants, avait été placé aux fins de l'adoption auprès d'une famille depuis au moins janvier 2013. Le tribunal pour mineurs était appelé à se prononcer sur l'adoption de l'enfant dans le cadre d'une autre procédure, ouverte entre-temps à l'égard de l'intéressé sous sa nouvelle identité, à laquelle les requérants n'avaient pas la possibilité de participer. De plus, le Gouvernement n'a fourni aucune décision montrant que dans un tel cas les recours disponibles auraient eu une chance raisonnable de succès. La Cour estime dès lors que même si des recours étaient ouverts contre la décision du tribunal pour mineurs du 5 avril 2013, les requérants n'étaient pas tenus de les épuiser (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 66-67, *Recueil* 1996IV ; *Scordino c. Italie* (déc.), n° 36813/97, CEDH 2003IV).

## B. Sur le fond

### 1. Arguments des parties

65. Les requérants observent que le problème soulevé par la requête ne concerne ni la maternité de substitution, ni la procréation assistée, ni les liens génétiques entre parents et enfants ni, enfin, l'adoption. Le problème en cause est le refus de reconnaître un certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et l'éloignement de l'enfant décidé par les autorités italiennes. Malgré l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation et malgré l'éloignement de l'enfant, les requérants ont l'autorité parentale sur ce dernier, même s'ils ne sont pas ses parents biologiques, et ce grâce au certificat de naissance, délivré par les autorités russes compétentes.

Le certificat litigieux est authentique, comme le prouve l'apostille, et, au nom de la sécurité juridique, il aurait dû être enregistré conformément à la Convention de la Haye sur l'apostille conclue le 5 octobre 1961. Il a été délivré conformément au droit russe, selon lequel il n'est pas nécessaire d'avoir un lien génétique pour établir un lien de filiation. L'origine de l'enfant a été établie par les autorités russes compétentes qui ont tenu compte de toutes les circonstances de sa naissance. L'avocat des requérants a soumis à cet égard un article rédigé par lui-même et publié dans « Open Access Scientific Reports ». Il ressort de cet article que la donation de gamètes et d'embryons est permise en Russie, même au niveau commercial. La maternité subrogée à des fins commerciales n'est pas interdite non plus. Il est donc possible en Russie d'acheter des gamètes auprès d'une banque (*IVF clinic's database*) ; de cette façon les gamètes achetés par les parents potentiels deviennent « leurs » gamètes, ce qui leur permettra d'être considérés comme parents.

Les requérants n'ont jamais commis d'infractions en Russie. Ils n'en ont pas commis non plus en Italie. Ils étaient libres de passer la frontière et d'aller là où la législation permet la fécondation *in vitro* hétérologue. En prétendant, à tort et sans fournir de raisons valables, que le certificat de naissance était faux, les autorités italiennes ont agi illégalement. Le seul critère qui aurait dû guider les autorités italiennes dans leurs décisions devait être l'intérêt de l'enfant : celui de pouvoir rester auprès des requérants.

66. Le Gouvernement fait observer qu'en délivrant les documents de voyage permettant à l'enfant de partir en Italie, le Consulat italien de Moscou a respecté ses obligations internationales. L'apostille apposée sur le certificat de naissance russe n'empêchait toutefois pas les autorités italiennes de vérifier la véracité du contenu du dossier lié à la naissance de l'enfant. Le droit italien trouve à s'appliquer en l'espèce. L'article 18 du DPR n° 396/2000 appelle les autorités italiennes à vérifier si l'acte de naissance est contraire ou non à l'ordre public interne et donc s'il est apte ou pas à être transcrit dans les registres de l'état civil. La filiation se détermine au sens de l'article 33 de la loi sur le droit international privé. Les juridictions nationales ont prouvé l'absence de tout lien biologique entre les requérants et l'enfant. Il s'agit donc d'un certificat de naissance faux dans son contenu. À supposer qu'il y ait eu une ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, celle-ci est conforme à l'article 8 de la Convention car elle repose sur une base légale, elle répond au but de protéger l'enfant et est nécessaire dans une société démocratique. Étant donné l'agrément qu'ils avaient obtenu, les requérants auraient pu adopter un enfant, d'autant plus que l'accord bilatéral conclu entre l'Italie et la Russie le 6 novembre 2008 a permis 781 adoptions régulières dans la seule année 2011. Le Gouvernement fait enfin observer qu'il n'y a pas de consensus européen en matière de gestation pour autrui.

## 2. Appréciation par la Cour

### a) Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention

67. Conformément à sa jurisprudence, la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, Série A n° 31 ; *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001VII). La notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 30, série A n° 297-C ; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 55, série A n° 112 ; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 36, Recueil 1997II). Par ailleurs, les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (*Marckx*, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62, série A n° 94), ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (*Pini et autres c. Roumanie*, n°s 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V).



68. La Cour note que le cas d'espèce présente des similitudes avec l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007). Dans l'affaire luxembourgeoise il était question de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance au Luxembourg de la décision judiciaire péruvienne prononçant l'adoption plénière d'une requérante au profit d'une deuxième requérante. La Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale malgré l'absence de reconnaissance de l'adoption, en prenant en compte le fait que des liens familiaux *de facto* existaient depuis plus de dix ans entre les requérantes et que la deuxième se comportait à tous égards comme la mère de la mineure.

Dans une autre affaire (*Moretti et Benedetti*, précitée, §§ 50-52), il était question d'un couple marié de requérants qui avaient accueilli un enfant âgé d'un mois dans leur famille. Ils avaient passé dix-neuf mois avec lui avant que les juridictions italiennes ne décident de placer l'enfant auprès d'une autre famille aux fins d'adoption. La Cour a également conclu à l'existence d'une vie familiale *de facto*, confirmée entre autres par les expertises conduites sur la famille, malgré l'absence de tout rapport juridique de parenté (§§ 50-52).

69. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l'acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n'ayant pas été reconnu en droit italien, il n'a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l'autorité parentale sur l'enfant, comme le prouve la demande de suspension de l'autorité parentale introduite par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux *de facto*. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie : six mois en Italie, à partir du troisième mois de vie de l'enfant. Avant cette période, la requérante avait déjà passé quelques semaines avec lui en Russie. Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale *de facto* entre les requérants et l'enfant. Il s'ensuit que l'article 8 de la Convention s'applique en l'espèce.

70. À titre surabondant, la Cour note que, dans le cadre de la procédure engagée pour obtenir la reconnaissance de la filiation, le requérant s'est soumis à un test ADN. Il est vrai qu'aucun lien génétique n'a été établi entre le requérant et l'enfant (*a contrario*, *Keegan*, précité, § 45). Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la « vie familiale », mais aussi la « vie privée ». Cette dernière inclut, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*mutatis mutandis*, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B,). Il semble d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de vie privée comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur (*Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002I). La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 39, série A n° 160). En l'espèce, le requérant a cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur. Sa demande de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger s'est donc doublée d'une quête de la vérité biologique, visant à déterminer ses liens avec l'enfant. En conséquence, il existait une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention (*Mikulic*, précité, § 55).

## b) Sur l'observation de l'article 8 de la Convention

71. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser, de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Aux yeux de la Cour cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 123). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle remplit les conditions cumulatives d'être prévue par la loi, de poursuivre un but légitime, et d'être nécessaire dans une société démocratique. La notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 50, CEDH 2000IX ; *Pontes c. Portugal*, n° 19554/09, § 74, 10 avril 2012).

72. S'agissant de la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi », la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 5 de la Convention de la Haye de 1961, le seul effet de l'apostille est celui de certifier l'authenticité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé. En l'espèce, les juridictions italiennes ne se sont pas basées sur le certificat de naissance étranger mais elles ont opté pour l'application du droit italien s'agissant du

lien de filiation. En fait, l'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamète de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire. Enfin, la Cour relève que les mesures à l'égard de l'enfant prises par le tribunal pour mineurs et confirmées par la cour d'appel de Campobasso s'appuient sur les dispositions de droit interne.

Il s'ensuit que l'ingérence — fondée en particulier sur les articles pertinents de la loi sur le droit international privé et de la loi sur l'adoption internationale — était « prévue par la loi ».

73. S'agissant du but légitime, aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la « défense de l'ordre », dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption internationale et le recours aux techniques de reproduction assistée hétérologue était, à l'époque des faits, interdit. En outre, les mesures en question visaient la protection des « droits et libertés » de l'enfant.

74. Pour apprécier la « nécessité » des mesures litigieuses « dans une société démocratique », la Cour examine, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8. Dans les affaires délicates et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'adoption (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 127) ou pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 166, CEDH 2001VII ; *Kutzner*, précité, § 67).

75. Dans la présente affaire, la question est de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134 ; *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 81, CEDH 2014 (extraits) ; *Labassee c. France*, n° 65941/11, § 60, 26 juin 2014).

76. La Cour relève qu'en l'espèce il y a l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas si entre les futurs parents et l'enfant à naître il faut un lien biologique. En outre, les requérants n'ont pas argué devant les juridictions nationales que le droit russe n'exigeait pas un lien génétique avec au moins un des futurs parents pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de comparer la législation des États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, la Cour est confrontée à un dossier dans lequel une société russe — pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg — a encaissé une somme d'argent des requérants ; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus ; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons ; elle a remis l'enfant aux requérants ; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons. Indépendamment de toute considération éthique quant aux agissements de la société Rosjurconsulting, les conséquences de ces agissements ont été très lourdes pour les requérants, surtout si l'on prend en compte le fait que le requérant était certain d'être le père biologique de l'enfant et qu'à ce jour il n'a pas été démontré qu'il n'était pas de bonne foi.

77. L'application du droit national a eu pour conséquence la non reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient pas un lien génétique avec l'enfant. La Cour ne néglige pas les aspects émotionnels de ce dossier où il a été question, pour les requérants, de constater leur incapacité à procréer ; de demander l'agrément pour adopter ; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, d'attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables ; de nourrir un espoir lorsqu'en 2010, les requérants se sont résolus à souscrire un contrat avec Rosjurconsulting et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant ; de sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Elles ont toutefois estimé que la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut.

Selon la Cour, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable (*a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

78. Il reste néanmoins à savoir si, dans une telle situation, les mesures prises à l'égard de l'enfant — notamment son éloignement et sa mise sous tutelle — peuvent passer pour des mesures proportionnées, à savoir si l'intérêt de l'enfant a été pris en compte de manière suffisante par les autorités italiennes.

79. La Cour note à cet égard que le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant était sans environnement familial adéquat aux termes de la loi sur l'adoption internationale. Pour parvenir à cette conclusion, les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants versaient : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à Rosjurconsulting une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors on pouvait douter de leurs capacités affective et éducative. Il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui. La perspective suivie par les juridictions nationales répondait manifestement au besoin de mettre un terme à la situation d'illégalité.

80. Selon la Cour, la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre. À cet égard, la Cour rappelle que dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée, les autorités luxembourgeoises n'avaient pas reconnu la filiation établie à l'étranger au motif que celle-ci se heurtait à l'ordre public ; cependant, elles n'avaient adopté aucune mesure visant l'éloignement du mineur ou l'interruption de la vie familiale. En effet, l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n<sup>os</sup> 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000VIII ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n<sup>o</sup> 41615/07, § 136, CEDH 2010 ; *Y.C. c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 4547/10, §§ 133-138, 13 mars 2012 ; *Pontes c. Portugal*, n<sup>o</sup> 19554/09, §§ 74-80, 10 avril 2012). Le seuil établi dans la jurisprudence est très élevé, et la Cour estime utile de rappeler les passages suivants tirés de l'arrêt *Pontes* précité :

« § 74. La Cour rappelle que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (*Kutzner*, précité, § 58) et que des mesures internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention (*K. et T. c. Finlande* [GC], n<sup>o</sup> 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire, dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Couillard Maugery c. France*, n<sup>o</sup> 64796/01, § 237, 1<sup>er</sup> juillet 2004).

§ 75. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'État des obligations positives inhérentes au « respect » effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (voir, par exemple, *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989, § 71, série A n<sup>o</sup> 156 ; *Olsson c. Suède* (n<sup>o</sup> 2), 27 novembre 1992, § 90, série A n<sup>o</sup> 250 ; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n<sup>o</sup> 31679/96, § 94, CEDH 2000-I ; *Gnahoré c. France*, n<sup>o</sup> 40031/98, § 51, CEDH 2000-IX et, dernièrement, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n<sup>o</sup> 41615/07, § 140, CEDH 2010). La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents — ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public — (*Maumousseau et Washington c. France*, n<sup>o</sup> 93388/05, § 62, CEDH 2007XIII), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (dans ce sens *Gnahoré*, précité, § 59, CEDH 2000-IX), pouvant, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne* [GC], n<sup>o</sup> 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*Haase c. Allemagne*, n<sup>o</sup> 11057/02, § 89, CEDH 2004-III (extraits), ou *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 58). Dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *W. B. et R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n<sup>o</sup> 121, §§ 60 et 61, et *Gnahoré*, précité, § 52). La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités internes pour réglementer la prise en charge d'enfants par l'administration publique et les droits des parents de ces enfants, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles



ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299A).

§ 76. La Cour rappelle que, si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel lié aux mesures d'ingérence doit être équitable et propre à respecter les intérêts protégés par cette disposition. Il échet dès lors de déterminer, en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour « nécessaire » au sens de l'article 8 (*W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 64, série A n° 121).

§ 77. Pour apprécier la « nécessité » de la mesure litigieuse « dans une société démocratique », la Cour considérera si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les motifs invoqués à l'appui de celle-ci étaient pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. À cette fin, elle tiendra compte du fait que l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave ; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII).

§ 78. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier en particulier la nécessité de prendre en charge un enfant, il lui faut en revanche exercer un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités au droit de visite des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale. Ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant (*Gnahoré* précité, § 54, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n°30943/96, § 65, CEDH 2003-VIII).

§ 79. D'un côté, il est certain que garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de ses enfants (*Sahin* précité, § 66). De l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne : briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille (*Gnahoré* précité, § 59).

§ 80. La Cour rappelle par ailleurs que, dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, précité, § 102 ; *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI). »

La Cour estime utile de rappeler également les passages suivants tirés de l'arrêt Zhou (*Zhou c. Italie*, n° 33773/11, §§ 55-56, 21 janvier 2014) :

« § 55 La Cour rappelle que dans des cas si délicats et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], précité, § 166; *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 67, CEDH 2002-I).

§ 56 À la différence d'autres affaires que la Cour a eu l'occasion d'examiner, l'enfant de la requérante en l'espèce n'avait pas été exposée à une situation de violence ou de maltraitance physique ou psychique (voir, *a contrario*, *Dewinne c. Belgique* (déc.), n° 56024/00, 10 mars 2005; *Zakharova c. France* (déc.), n°57306/00, 13 décembre 2005), ni à des abus sexuels (voir, *a contrario*, *Covezzi et Morselli c. Italie*, n° 52763/99, § 104, 9 mai 2003). La Cour rappelle avoir conclu à la violation dans l'affaire *Kutzner c. Allemagne*, (§ 68, précité) dans laquelle les tribunaux avaient retiré l'autorité parentale aux requérants après avoir constaté un déficit affectif de ces derniers, et a déclaré la non violation de l'article 8 dans l'affaire *Aune c. Norvège*, (n°52502/07, 28 octobre 2010), où la Cour avait relevé que l'adoption du mineur n'avait en fait pas empêché la requérante de continuer à entretenir une relation personnelle avec l'enfant et n'avait pas eu pour conséquences de couper l'enfant de ses racines. Elle a également constaté la violation de l'article 8 dans une affaire (*Saviny c. Ukraine*, n° 39948/06, 18 décembre 2008) où le placement des enfants des requérants avait été justifié en raison de leur incapacité de garantir des conditions de vie adéquates (le manque de moyens financiers et de qualités personnelles des intéressés mettaient en péril la vie, la santé et l'éducation morale des enfants). Au demeurant, dans une affaire où le placement des enfants avait été ordonné en raison d'un déséquilibre psychique des parents, la Cour a conclu à la non violation de l'article 8 en tenant en compte également de ce que le lien entre les parents et les enfants n'avait été coupé (*Couillard Maugery c. France*, précité). »



81. La Cour reconnaît que la situation qui se présentait aux juges nationaux en l'espèce était délicate. En effet, de graves soupçons pesaient sur les requérants. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Cependant la Cour estime que les conditions pouvant justifier le recours aux mesures litigieuses n'étaient pas remplies, et ce pour les raisons suivantes.

82. Tout d'abord, le seul fait que l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention pour le cas où il serait resté auprès d'eux ne suffit pas pour justifier son éloignement.

83. Ensuite, s'agissant de la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants, la Cour note d'emblée que la cour d'appel de Campobasso avait estimé qu'il n'était pas nécessaire d'en attendre l'issue car la responsabilité pénale des intéressés ne jouait aucun rôle (paragraphe 25 ci-dessus), de sorte que les soupçons pesant sur les intéressés ne suffisent pas non plus pour justifier les mesures litigieuses. Aux yeux de la Cour, il n'est en tout cas pas possible de spéculer sur l'issue de la procédure pénale. En outre, seulement en cas de condamnation pour l'infraction prévue à l'article 72 de la loi sur l'adoption les requérants seraient devenus légalement incapables d'adopter ou accueillir l'enfant en placement.

84. À ce dernier égard, la Cour relève que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément (paragraphe 12 ci-dessus), ont été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux.

85. Enfin, la Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3).

86. Compte tenu de ces éléments, la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

87. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

88. Compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés.

### III. SUR LES AUTRES VIOLATIONS

89. Les requérants allèguent enfin que la non reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger constitue une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, et de l'article 1 du protocole n° 12.

La Cour relève d'emblée qu'à ce jour, l'Italie n'a pas ratifié le Protocole n° 12, de sorte que ce grief est incompatible *ratione personae* et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention. Cette partie de la requête doit dès lors être examinée sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. L'article 14 de la Convention dispose :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

90. Dans la mesure où cette partie de la requête se rapporte au refus de transcrire le certificat de naissance dans les registres de l'état civil, la Cour estime que — tout comme le grief tiré de l'article 8 de la Convention invoqué isolément (voir paragraphe 62 ci-dessus) elle doit être rejetée pour non épuisement des voies de recours internes, conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

91. Pour autant que cette partie de la requête concerne les mesures adoptées à l'égard de l'enfant, la Cour rappelle que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (*Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 46, CEDH 2000II). Une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit

pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*Mazurek* précité, § 48). Après examen du dossier, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des dispositions invoquées. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

#### IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

92. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

##### A. DOMMAGE

93. Les requérants sollicitent le versement de 100 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral.

94. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme et insiste pour le rejet de la requête. En tout état de cause, le dommage n'a pas été démontré et l'enfant a le droit de vivre dans un environnement familial « légitime et tranquille ».

95. Statuant en équité, la Cour accorde 20 000 EUR conjointement aux requérants.

##### B. FRAIS ET DÉPENS

96. Les requérants demandent 29 095 EUR pour le remboursement des frais exposés devant les juridictions nationales et dans la procédure à Strasbourg.

97. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme.

98. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable la somme de 10 000 EUR tous frais confondus et l'accorde conjointement aux requérants.

##### C. INTÉRÊTS MORATOIRES

99. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief soulevé par les requérants en leur nom et tiré de l'article 8 de la Convention au sujet des mesures adoptées à l'égard de l'enfant et irrecevable pour le surplus ;

2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;

3. *Dit*, par cinq voix contre deux,

a) que l'État défendeur doit verser conjointement aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :

i) 20 000 EUR (vingt mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;

ii) 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, pour frais et dépens ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 janvier 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith  
Greffier

Işıl Karakaş  
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Raimondi et Spano.

A.I.K.  
S.H.N.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE DES JUDGES RAIMONDI AND SPANO

1. Avec tout le respect que nous devons à nos collègues de la majorité, nous ne pouvons partager leur avis d'après lequel l'article 8 de la Convention aurait été violé en l'espèce.

2. Nous pouvons accepter, mais avec une certaine hésitation et sous réserve des remarques qui suivent, les conclusions de la majorité selon lesquelles l'article 8 de la Convention est applicable en l'espèce (paragraphe 69 de l'arrêt) et il y a eu ingérence dans les droits des requérants.

3. En effet, la vie familiale (ou vie privée) de facto des requérants avec l'enfant se fondait sur un lien ténu, en particulier si l'on tient compte de la période très brève au cours de laquelle ils en auraient eu la garde. Nous estimons que la Cour, dans des situations telles que celle à laquelle elle était confrontée dans cette affaire, doit prendre en compte les circonstances dans lesquelles l'enfant a été placé sous la garde des personnes concernées dans son examen de la question de savoir si une vie familiale de facto a été développée ou pas. Nous soulignons que l'article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une « vie familiale » entre un enfant et des personnes dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public. En tout cas, nous estimons que les considérations liées à une éventuelle illégalité à l'origine de l'établissement d'une vie familiale de facto doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse de la proportionnalité qui s'impose dans le contexte de l'article 8.

4. Cela dit, il faut constater que les requérants se sont vu refuser, tant de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso que de la part du registre de l'état civil et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance du certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, no 76240/01, 28 juin 2007, § 123).

5. À notre avis, cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.

6. Quant à la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi » et poursuivait un « but légitime » nous souscrivons à l'analyse de la majorité (paragraphe 72-73 de l'arrêt).

7. En outre, à notre avis, l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés concurrents en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale.

8. En l'espèce, il y a d'abord l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas s'il faut un lien biologique entre les futurs parents et l'enfant à naître. En outre, les requérants n'ont pas soutenu devant les juridictions nationales qu'en droit russe l'existence d'un lien génétique avec au moins un des futurs parents n'était pas nécessaire pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de comparer les législations des différents États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, nous sommes confrontés à un dossier dans lequel une société russe — pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg — a encaissé une somme d'argent des requérants ; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus ; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons ; elle a remis l'enfant aux requérants ; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons.

9. L'application du droit national a eu pour conséquence la non-reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient aucun lien génétique avec l'enfant. Nous ne négligeons pas les aspects émotionnels de ce dossier où les requérants ont dû constater leur incapacité à procréer ; demander l'agrément pour adopter ; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables ; nourrir un espoir lorsqu'en 2010, lorsqu'ils se sont résolus à souscrire un contrat avec *Rosjurcosulting* et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant ; et enfin, sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

10. Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Toutefois, la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut. À notre avis, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas été déraisonnables (voir, *a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

11. Le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant ne bénéficiait pas d'un environnement familial adéquat au sens de la loi sur l'adoption internationale. Les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait



renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants s'étaient retrouvés : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à *Rosjurconsulting* une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors, le tribunal a jugé que l'on pouvait douter des capacités affectives et éducatives des requérants, et qu'il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui.

12. Nous remarquons d'emblée que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément, ont été considérés comme incapables d'éduquer et d'aimer l'enfant uniquement sur la base de présomptions et déductions, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux. Cependant, nous reconnaissons que la situation qui se présentait aux juges nationaux était délicate et revêtait un caractère d'urgence. En effet, nous n'avons pas de raisons de considérer comme arbitraire la position des juges nationaux, qui ont estimé que les soupçons qui pesaient sur les requérants étaient graves et qu'il était essentiel d'éloigner l'enfant et de le mettre en sécurité sans permettre aux requérants de le contacter. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Compte tenu de ces éléments, nous n'avons pas de raisons de douter du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes ont agi dans le respect de la loi, en vue de la défense de l'ordre et dans le but de protéger les droits et la santé de l'enfant, et ont préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

13. À notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la « quatrième instance ».

14. Dans ce genre d'affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l'enfant d'une part et des exigences d'ordre public de l'autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l'évaluation des juges nationaux est entachée d'arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphe 82-84 de l'arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l'établissement de l'identité de l'enfant n'a pas d'impact sur la décision de 2011 de le séparer des requérants et pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même.

15. En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (*Mennesson c. France*, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et *Labassee c. France*, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.  
Codice ISSN: 2384-9495  
[genius@articolo29.it](mailto:genius@articolo29.it)